# رجعية العقد عند فسخه قضاء
# بحث مقارن بين الفقه الاسلامي والقانون المدني

بحث مقدم من قبل
الاستاذ المساعد الدكتورعباس علي محمد الحسيني
جامعة كربلاء ـكلية القانون

## الخلاصة:-

يعد العقد من أهم مصادر الالتزام الذي يوثق العلاقات المالية بين الأفراد . وقد يتعرض هذا العقد إلى بعض الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بفسخه قضاءً إذا توافرت شروط هذا الفسخ . ومن الآثار الرئيسة المترتبة على هذا الفسخ هو أن يعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل إبرامه ويرد كل منهما ما قبضه إلى الآخر ، وهو ما يسمى بالأثر الرجعي للفسخ ، وقد أحتل هذا الأثر مكانة متميزة في كتابات الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون المدني ،ولم تكن نصوص القانون وأحكام القضاء عن ذلك ببعيد . وترجع هذه المكانة إلى أهمية هذا المفهوم من حيث تحديد معالمه ونطاقه وما يرد عليه من قيود بعضها ترجع إلى إرادة المتعاقدين وبعضها الآخر يعود إلى الواقع العملي المتمثل بطبيعة العقد نفسه ، كما أن هذه الأهمية تبرز في ما يترتب على إعمال قاعدة الرجعية من آثار متمثلة بالالتزام بالرد والحكم بالتعويض إن استحال الرد . وفي سبيل توضيح كل ذلك تم بحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث ، أهتم الأول ببيان مفهوم الرجعية من حيث تعريفه وتقديره من قبل الفقه ، وتناول الثاني القيود الواردة على قاعدة الرجعية . أما المبحث الثالث . فخصص للآثار المترتبة على رجعية العقد والمتمثلة بالالتزام بالرد والحكم بالتعويض .

## Abstract:-

Contract has been considered as the one very important source of obligation which reliable the financial responsibility between individuals .The contract may be set aside by the courts with out prejudice to any claim for damages.The Rescission of Contract does not take place automatically by operation of law unless there is an express clause to this effect. In every other case the Rescission must result from a courts judgment, where this an express clause providing for Rescission , it operates only in favour of the party willing to perform . In considering the effects of such Rescission that the contracting parties to go back where they beginning from before the formation of the contract and Recovery of vindicative damages from each other ,that may be called Retroactive force of Rescission for with Retroactive force . It should be noted that Jurisdiction with Retroactive force take very important place in the writting of Islamic jurists as well as in the writting of civic code jurists and that is not for away from the version of law and the decision of Judiciary .The position of the Reaction ism of the contract lies in concept, scope and the character that usually return back to the consent of the contracting parties and in particular to the character of the contract itself all that are supplemented by effects and postulate how it ought to operate ,these may also reflect the object of contract and obligation which is due under it .There for I have divided this Research in three chapters:-

The first chapter_ an effort is made to analyses the basis of the reaction ism of the contact , what is emphasized here its concepts and definition which in discussed by different schools of jourists . The Second chapter _ in conserned with the Restriction on the basis of the Restriction ism of contract .The third chapter _ deals with the effects be caused of Restriction of contract where the non – performance of an obligation is resolved into acclaim for damages that is a payment of a sum of money .

*************************************************************************************

## المقدمة:-

### أولا:موضوع البحث.

يعد العقد ، وبحق ، أهم الوسائل القانونية التي يستعين بها الأشخاص لتحقيق مصالحهم الأقتصادية من خلال أرتباطهم بعلاقات عقدية يسعون من خلالها بلوغ تلك الغاية ، فضلاً عن كونه من أهم مصادر الألتزام الذي يرتب حقوقهم وإلتزاماتهم ويقوم مقام القانون في تنظيم هذه العلاقات فيما بينهم .

وفي جميع الحالات التي ينعقد فيها العقد يصبح ملزماً للجانبين وصيرورته تكون نافذةً لازمةً، أيا كان نوعه ، فأنه يصل بذلك إلى أقوى درجات الألزام بحيث لايستقل أي طرف من أطرافه بنقضه أو تعديله، الا ان ذلك لايكفي ، وإنما المهم فيه ان ينفذ ذلك العقد ليستطيع كل متعاقد من أشباع حاجته التي دفعته إلى إبرام هذا العقد حتى ينقضي بتنفيذ الألتزامات التي أشترطها العقد بحسن نية ووفقاً لمبادئ العرف والعدالة، وهذا هو الطريق الطبيعي لإنقضاء العقد ، ولكن قد يحصل ان احد المتعاقدين يخل بتنفيذ ألتزاماته ويستمر في هذا الاخلال سواء بالأمتناع عن التنفيذ أو بالتأخرفيه او بتنفيذه تنفيذاً معيباً أو جزئياً، الأمر الذي يبرر طلب المتعاقد الآخر بفسخ العقد سواء كان ذلك قبل تمام تنفيذه او قبل البدء بتنفيذه .

وتزداد اهمية طلب الفسخ في جميع الحالات التي يستمر فيها إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته ، إذ ان هذا الأستمرار من شأنه ان يجعل ظروف تنفيذ العقد مغايرة عن تلك التي أبرم في ضوئها .

ومن هنا يحتل فسخ العقد تلك المكانة المهمة في نظرية العقد ، وتزداد أهميته بما يرتبه من أثر يتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وإلزام كل واحد منهما برد ما حصل عليه بحيث يصبح العقد كأنه لم يكن موجوداً . وهو ما يطلق عليه بالأثر الرجعي لفسخ العقد . وإذا كان الفقهاء والشراح قد اهتمواكثيراً ببحث زوال العقد عن طريق فسخه أيا كان نوع هذا الفسخ قضائياً ام أتفاقياً ام كان بحكم القانون من خلال ما عرضوه في كتب الألتزامات أو في دراسات مستقلة الا ان الأثر المترتب على هذا الفسخ لازال بحاجة إلى بحث يجمع شتاته ويلم جزئياته المتفرقة ويوحد احكامه المتناثره في بحث يعكس بوضوح هذا الاثر ، ومن هنا جاء بحثنا الموسوم بـ ( رجعية العقد عند فسخه قضاءً ) .

### ثانياً : أهمية الموضوع.

رغم ان مشكلة الأثر الرجعي في غاية الدقة والعمق الا انها لاتنحصر في فسخ العقد وحده وإنما تمتد الى حالات أخرى من التصرفات القانونية كالأثر الرجعي للاجازه والاثر الرجعي للبطلان والاثر الرجعي للشرط والاثر الرجعي للقسمة . فضلاً عن الاثر الرجعي للتشريع الا ان موضوع الاثرالرجعي لفسخ العقد . يحتل اهمية كبيرة وله دور مهم في التطبيق العملي بالنظر لما يثيره من مشاكل عملية فيما يتعلق بألتزامات المتعاقدين بخصوص تملك أو رد زوائد المعقود عليه المتصلة أو المنفصلة أو فيما يرتبط بتحمل تبعة الهلاك أو تعلق حق الغير بالعقد قبل الحكم بفسخه ، فضلاً عن إثارة الخلاف الفقهي حول تقدير رجعية العقد ، فيما يتعلق بتأييده مطلقاً أو معارضته ، ومن حيث نطاقه ومدى إمكانية سريانه على جميع العقود ام ان هناك عقوداً أخرى تستعصي طبيعتها الرجعية .

وتزداد اهمية هذا البحث من خلال الولوج في كتب الفقه الإسلامي والتعرف على آرائهم التي عبرت عن مدى اصالة هذا الفقه والآثار التي تركها في حقول القانون ومنها رجعية العقد ، ويضاف إلى ذلك الجهود القضائية وما أثمرته من أحكام تبلورت في صورة مبادئ قضائية هامة رسمت طريق القضاء البين عند حكمه بالفسخ ، وبين الفقه الإسلامي والقضاء كانت النصوص التشريعية التي عبرت أغلبها وبوضوح عن رجعية العقد وان عزف بعض منها عن تناول أحكامها ، الأمر الذي يستلزم الوقوف عند كل ما تقدم ذكره من آراء الفقهاء المسلمين وجهود المشرعين وأحكام المحاكم للوصول إلى مدى إمكانية وضع نظرية تجمع بين ثناياها رجعية العقد عند الحكم بفسخه قضاءً ومن هنا جاءت أهمية هذا البحث .

## ثالثاً : نطاق البحث.

ان بحث الأثر الرجعي لفسخ العقد أكثر ما يكون بحاجة إلى دراسة تعتمد المنهجية المقارنة لما يحويه من أفكار دقيقة ومعقدة وبسبب ما يثيره من جدل حول المسائل الخلافية . ولهذا ستعتمد هذه الدراسة أسلوب المقارنة بين الفقه الإسلامي والتقنينات المدنية . وعلى الرغم من ان بحث هكذا جزئية ليس بالأمر الميسور في كتب الفقه الإسلامي وسيكون القانون المدني العراقي هو الاصل الذي ننطلق منه في إجراء المقارنة أعلاه مع نصوص القانون المدني المصري وبعض نصوص القانون المدني الفرنسي ونصوص بعض القوانين المدنية العربية ذات الصلة بالموضوع محل البحث ، كما ان القضاء المقارن والعراقي سيسيران جنباً الى جنب مع المقارنة الفقهية والتشريعية .

## رابعاً: خطة البحث .

سنتناول موضوع رجعية العقد عند فسخه من خلال ثلاثة مباحث ، نخصص المبحث الأول لتحديد مفهوم رجعية العقد من خلال مطلبين نتناول في أولهما تعريف الرجعية مقسمين أياه إلى فرعين نبحث في أولهما تعريف رجعية العقد في الفقه الإسلامي وفي ثانيهما تعريفهما في القانون المدني .

اما المطلب الثاني فسنستعرض فيه تقدير رجعية العقد مقسمين أياه إلى فرعين ، نتناول في أولهما الأتجاه المدافع عن رجعية العقد عند فسخه قضاءً، ونخصص ثانيهما للأتجاه المعارض للرجعية والوقوف عند أدلة وحجج كل أتجاه من هذه الأتجاهات .

وبعد تحديد مفهوم رجعية العقد ننتقل الى تحديد القيود الواردة على رجعية العقد التي تحد من أطلاقها ، وبعض هذه القيود مرجعها إرادة الطرفين المتعاقدين وبعضها يعود إلى الواقع العملي عند تنفيذ العقد ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نستعرض في أولهما القيود الإرادية الواردة على رجعية العقد وسنفصل فيه من خلال فرعين إرادة المتعاقدين في تقييد الرجعية ، وأنتفاء مصلحة المتعاقدين من الرجعية .

اما ثاني المطلبين فسنبحث فيه القيود العملية على رجعية العقد والمتمثلة في العقود المستمرة وتعلق حق الغير بالعقد والذي قد يمنع من أطلاق الرجعية وهذا ما سنبحثه في فرعين وعلى التوالي .

اما المبحث الثالث فسنبحث فيه الآثار المترتبة على رجعية العقد وسنتناول هذه الآثار من خلال مطلبين نخصص أولهما للألتزام بالرد موضحين فيه من خلال الفرع الأول لمضمون الألتزام بالرد وفي الفرع الثاني لأساس الألتزام بالرد .

اما المطلب الثاني فسنخصصه للألتزام بالتعويض الذي يترتب أيضاً على أعمال رجعية العقد وهو تعويض قد يحكم به بسبب أستحالة الرد او قد يتقرر بسبب الأضرار التي لحقت بالدائن بسبب فسخ العقد وهو ما سيتوزع على فرعين يخصص كل فرع لنوع من هذين النوعين من التعويض وفي نهاية البحث سنصل الى خاتمته التي سنستعرض فيها لأهم النتائج والتوصيات التي سنتوصل إليها من خلال بحث هذا الموضوع ، فان كتب لها النجاح فذلك من فضل الله وان أعتراها النقص فذلك من عمل البشر .

## المبحث الأول: مفهوم رجعية العقد

حظي تحديد مفهوم رجعية العقد وما يسمى بالأثر الرجعي لفسخ العقد بأهتمام الفقه الإسلامي والمدني على السواء وان لم يكن هذا الأهتمام بدرجه واحدة ،إذ استعمل الفقهاء المسلمون تعبيرات مختلفة للدلالة على الأثر الرجعي في الوقت الذي بحث فيه فقهاء القانون المدني تحديد مفهوم الرجعية من خلال تعبيرات محددة دلت على المعنى نفسه وجعلوها أثراً مترتباً على فسخ العقد وإلى جانب تعريف رجعية العقد شغل موضوع تقدير هذه القاعدة بين مؤيديها ومعارضيها أهمية كبيرة لدى الفقه الإسلامي والمدني . ولتوضيح ما تقدم ذكره سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في أولهما تعريف رجعية العقد ، ونبحث في ثانيهما تقدير قاعدة الرجعية .

## المطلب الأول: تعريف رجعية العقد

ان تحديد مفهوم رجعية العقد يعتمد على تعريفها وضبط حدودها ، والذي يتطلع إلى كتب الفقه الاسلامي ومؤلفات الفقه المدني يجد ان الفقهاء لم يهتموا كثيراً بتعريف رجعية العقد وإنما ذكروها ضمن أحكام الفسخ ، كما ان تعبيرات الفقه الإسلامي أختلفت في المراد من معنى هذه القاعدة عن مصطلحات الفقه المدني وان كانت في النتيجة تؤدي إلى معنى واحد .

ان تعريف رجعية العقد يتطلب الوقوف عند تعريفها في الفقه الإسلامي والقانون المدني وهذا ما سنبحثه من خلال فرعين وعلى التوالي .

### الفرع الأول: في الفقه الإسلامي

قبل توضيح موقف الفقه الإسلامي من تعريف الأثر الرجعي لفسخ العقد نشير إلى تعريفه لغةً، حيث وان الوقوف على التعريف اللغوي لمصطلح الأثر الرجعي يقتضي تعريف كلمة الأثر أولاً ثم كلمة الرجعي ثانياً بوصف هذا المصطلح من المصطلحات المركبة التي يتوقف تعريفها على تعريف أجزائها المتكونة منها .

فالأثر يعني العلامة أو بقية الشئ حيث يقال لاتطلب أثراً بعد عين ، مثل من ترك شيئاً ثم طلب اثره بعد فوات عينه (١) .

كما يعني الأثر ما بقي من رسم الشئ ، والآثرةَ والتأثير أبقاء الأثر في الشئ(٢)، وأثر فيه تأثيراً ترك فيه أثراً ، والأثر ايضاً بقية ما ترى من كل شئ(٣).

واما الرجعي فهو نسبة الى الرجعى والرجوع ويعني العودة إلى ما كان من البدء، والاسترداد فيقال فلان يؤمن بالرجعة أي بالرجوع إلى الدنيا بعد الموت وكل شئ يُردد فهو رجيع لأن معناه مرجوع أي مردود (٤). وفي التنزيل (ان الى ربك الرجعى) أي الرجوع والمرجع ، وكذلك قوله عز وجل (قال رب أرجعون لعلي أعمل صالحاً ) يعني العبد اذا بعث يوم القيامة وأبصر وعرف ما كان ينكره في الدنيا يقول لربه أرجعون أي ردوني إلى الدنيا ، وإنما سميَّ رجيعا لأنه رجع عن حاله الأولى وكل شئ مردود من قول أو فعل فهو رجيع(٥)، والرجعة نوع من الرجوع وهو العود على بدء ، أو العودة إلى الكلام السابق (٦).

ومما تقدم ذكره من تعريف الاثر والرجعي لغةً، يمكن تحديد المقصود بالأثر الرجعي لفسخ العقد أو الرجعية لغة بأنه إعادة ما ترتب على العقد من احكام إلى سابق عهده .

اما أصطلاحاً ، فعلى الرغم من ان مصطلح الأثر الرجعي هو مصطلح حديث ولم يبرز في المؤلفات الفقهية والنصوص التشريعية إلا مؤخراً ، الا ان الفقه الإسلامي الغني بلغته وأصطلاحاته والتي تتجلى فيها عبقرية فقهائه أوردوا مصطلحات أخرى تدل بأختلاف الفاظها على معنى الأثر الرجعي مع أشارتهم الى بعض التطبيقات العملية التي توضح معنى الاثر الرجعي الذي ينطوي على فكرة عودة التصرفات الى لحظة إبرامها ، ومن بين المصطلحات الدالة على معنى الأثر الرجعي مصطلح الأستناد ، وهو مصطلح يفيد معنين أولهما حسي وهو : ان يميل الإنسان الى شئ معتمداً عليه، وثانيهما معنوي ويدخل فيه ثبوت الحكم بأثر رجعي ومفاده ثبوت الحكم في الحال لتحقق علته ثم يعود الحكم القهقري ليثبت في الماضي تبعاً لثبوته في الحاضر وهو مصطلح أستخدمه فقهاء الحنفية (٧) .

فعرفه فقهاؤهم بانه ثبوت الحكم في الحال ثم يستند (٨)، اما الفقهاء المعاصرون ممن أهتموا بدراسات للفقه الإسلامي فقد عرفوا الأستناد بأنه ثبوت الحكم أولاً في الحال ثم يستند الى وقت العقد (٩) ، وهو تعريف لايبتعد كثيراً عن التعريف السابق ان لم نقل انه جاء مطابقاً له .

ويعبر آخرون عن المعنى ذاته من خلال أشارتهم إلى آثار الفسخ بان له أثر مستند أي أثر رجعي منسحب على الماضي(١٠). ويشير جانب من الفقه المعاصر الى ان هناك ألفاظاً أخرى مرادفة من حيث المعنى أستعملها الفقهاء المسلمون من غير الحنفية للتعبير عن الأثر الرجعي أو عن رجعية العقد ؛ إذ ان هذا المصطلح كما ذكرنا لم يذكره الفقهاء المسلمون لحداثته ، ولذلك فان فقهاء الشافعية أوردو تعبير التبين الذي أدرجوه في بعض فروعهم

***************************************************************************

الفقهية المنشورة في كتب القواعد تحت عنوان وقف الأنعقاد ومعناه ان يتوقف أنعقاد العقد في المستقبل على وجود ركن أو شرط فان وجد تبين الأنعقاد وألا بطل (١١).

وفي الواقع أننا لايمكن التسليم بتطبيق هذا المصطلح في مجال فسخ العقد وعدٍّ التبين كأثر من آثار الفسخ ؛ لأنه كما يتضح من التعريف المتقدم ان التبين عبارة عن ركن أو شرط يتوقف على تحققه أنعقاد العقد في المستقبل . في حين انه في فسخ العقد نلاحظ ان العقد قبل الحكم بفسخه قضاءً موجود ولم يتخلف فيه ركن أو شرط ولكن يحكم بأنحلاله وزواله لعدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته وعلى النحو الذي يبرر طلب الفسخ من قبل المتعاقد الآخر .

ويشير بعض فقهاء المالكية إلى مصطلح آخر يقترب من حيث المعنى مع رجعية العقد ومع ما ذهب إليه الحنفية لتعبير الاسناد إذ أوردوا مصطلح التقدير الذين يعتبرونه كثير الوقوع في الشريعة ولايغيب عن أبواب الفقه، ويعرفونه بأنه إعطاء الموجود حكم المعدوم وإعطاء المعدوم حكم الموجود ، وطبقوه في حالة وجود عيب في المعقود عليه يستوجب نقض العقد، فعندما يحكم القاضي مثلاً بنقض العقد فان ذلك يؤدي الى القول ، حسب رأيهم ، بان العقد ، وان كان واقعاً ، ولكن يقدر بأنه معدوم (١٢)، وبعبارة آخرى ان الشرع يعطي لهذا العقد حكم عقد لم يوجد لأنه يرفع بعد وجوده فيحكم بان العقد الموجود والآثار المترتبة عليه في حكم العدم ، فإذا قدر رفعه من اصله كان للفسخ أثر رجعي ، وان قدر رفعه من حينه لم يكن له أثر رجعي(١٣) .

وأستخدم فقهاء الامامية تعبير الكشف او الانكشاف وأستخدموه وفقاً لتعريفين أحدهما عام يمكن تطبيقه على كافة العقود ، والثاني خاص ببعض العقود .

فالتعريف العام يجري نحو معنى توقف تأثير العقد على حصول السبب في المستقبل ، فبحصوله مثلاً ، حتى لو حدث هذا الامر في المستقبل ، يكون العقد مؤثراً من حيث إبرام العقد . اما التعريف الخاص للكشف فهو يعني جعل العقد مؤثراً من أول وقوعه لتقدمه ،وطبقوه في إجازة العقد الموقوف من حيث إنها تكون بوجودها المتأخر كاشفة عن ترتب آثار العقد من حين صدوره لا من حين صدور الإجازة ،اما لكشفها تمامية العقد من حينه او لحكم الشارع بذلك،فهي كاشفة عن صحة العقد حين وقوعه لاناقلة له من حينها ؛ لأن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائطه وكلها كانت حاصلة الاّ رضا المالك ،فأذا حصل الشرط(رضا المالك بألأجازة) عمل السبب التام عمله لعموم الأمر بالوفاء بألعقود (١٤).

وفضلاً عن المصطلحات المتقدم ذكرها أورد الفقهاء المسلمون تعبيرات عديدة للفسخ تشير إلى زوال العقد من أصله وعدّه كأن لم يكن وهذا هو المعنى المراد من الرجعية وفق التصوير الحديث للأثر الرجعي لفسخ العقد(١٥).

وفي ذلك يقول ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه الاشباه والنظائر ان الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن(١٦).

ولكن يلاحظ ان المراد بأنحلال العقود وما يؤدي إليه من أثر رجعي له معنى محدد آخر في الفقه الإسلامي . فهو يعني ان العقد وان كان واحداً بحسب الصورة ولكن عند الدقة عقود متعددة ، وبعبارة اخرى ان العقد يتعلق بكل جزء من أجزائه كتعلقه بالكل فالعقد الواقع على هذا المركب واقع على كل جزء من اجزائه ، فإذا بيعت دار فالبيع أي التمليك بعوض مالي واقع على جميع أجزاء هذا الدار(١٧).

واذا كان الفقهاء المسلمون قد جعلوا من ضمن قواعدهم قاعدة اصالة اللزوم في العقود ، والتي منها عدم جواز حل العقد من احد الطرفين بدون رضا الطرف الآخر، فالعرف والشرع لايجيزان للعاقدين التراجع عن العقد وأسترجاع العوضين، إذ يرون انه في باب العقود يوجد مدلول مطابقي للعقد وهو مضمونه أي كل ما ينشأه المتعاقدان من تبديل مال بمال او غير ذلك من المضامين الكثيرة التي تنشأ بالعقود، ومدلول إلتزامي وهو إلزام كل واحد منهما للآخر بما انشأه ، بمعنى ان يتعهد ويلتزم بالعمل على طبق ما أنشأ وان لايتخلف وان لاينقض تعهده ، فالعقد التام الواجد لجميع شرائط الصحة من الطرفين إذ فسخه أحدهما دون رضا الآخر يكون تصرفاً في ملك الغير ودون ان يكون تجارة عن تراض منهما فيكون أكلاً لمال الغير بالباطل ، أي بوجه غير شرعي تطبيقاً لقوله تعالى (لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الّا ان تكون تجارة عن تراض منكم)(١٨).

ولأن هذه الآية حصرت سبب جواز أكل مال الغير في التجارة عن تراض ، ومعلوم ان الفسخ دون رضاء الطرف الآخر ليس من التجارة عن تراضٍ فيكون منهياً عنه ويكون العقد باطلاً (١٩).

الا ان جانباً من الفقه المدني المعاصر يرى ان هذا الأتجاه إذا كان من شأنه ان يجعل من نظام الفسخ في الفقه الإسلامي نطاقاً شخصياً مقتضاه ان الفقهاء لم يعترفوا بأن للفسخ أثر على حقوق الغير ؛ لأن الفسخ عندهم حق ضعيف أذ هو خروج على القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في العقود ان تكون لازمة ، وان معنى اللزوم هو وفاء كل من المتعاقدين بما ألتزم به . ولهذا فأنهم قرروا بأن لحقوق الغير أثر على الفسخ ، ولكن معرفتهم للأثر الرجعي مقابل ذلك أمراً لايكاد يخفى على كل من يتابع النصوص الفقهية ، إذ أنهم عرفوا الفسخ بأنه رفع للعقد من أصله ، رغم أنهم لم يجمعوا على هذا التعريف - كما سنرى - ولكن مجرد الإشارة إليه من بعضهم دليل على ان فكرة الأثرالرجعي ليست غريبة عنهم أو دخيلة عليهم (٢٠)، وحاولو ان يوجدوا أساساً لهذه القاعدة تقوم على أساس من الأفتراض الذي أسموه بالتقادير الشرعية، فإعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود يقوم على أفتراض مخالف للحقيقة وان كان بحدود ضيقة ؛ لأن الواقع يدل على ان فسخ العقد لايتم الا بعد قيام العقد ونفاذه وهذه حقيقة ثابتة لايمكن الخروج عليها الا بالأفتراض (٢١).

ومن كل ما تقدم نلاحظ من خلال هذه العبارات الموجزة عن تعريف رجعية العقد عند الفقهاء المسلمين أنهم بلغوا من التأصيل ما لم يصل اليه فقهاء القانون المدني ، وان كان هؤلاء فد تأثروا بما أستقرت عليه الآراء في الفقه الاسلامي،ولكن عبارات الفقهاء المسلمين صيغت باسلوب مختصر ولكن كان لها اثر كبير في فهم قاعدة عريضة في فسخ العقد وهي رجعية العقد.

## الفرع الثاني: في القانون المدني

لم تكن قاعدة الرجعية أو الأثر الرجعي غريبة عن القانون المدني ، فالذي يتطلع إلى ما كتبه الفقهاء بخصوصها يجد أنهم ركزوا على تناولها في الأحكام أو الآثار المترتبة على فسخ العقد ، ورغم أنهم قد أقروا بأن للفسخ أثر رجعي كأصل عام الا أنهم لم يتفقوا على أستخدام تعابير محددة ، فمنهم من عبر عن هذه القاعدة بالأنحلال إذ عرف الرجعية بإنها إنحلال العقد منذ نشوئه أو إبرامه بحيث يعدُ العقد بعد إنحلاله كأن لم يكن وتسقط جميع آثاره (٢٢) . فإذا حكم القاضي بفسخ العقد فأنه ينحل لامن وقت النطق بالحكم فحسب بل من وقت نشوء العقد ، فالفسخ له أثر رجعي (٢٣).

وعبر آخرون عن الرجعية بالأنعدام عندما عرفوها بأنها إنعدام العقد انعداماً يستند أثره إلى الماضي ، فيعدُّ كأن لم يكن ، فما يترتب على الفسخ بحكم المحكمة ليس إنحلالاً للعقد فحسب ، بل يؤدي إلى إنعدامه فيعدُّ كأن لم يكن ويعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (٢٤).

ومنهم من عرفها بالزوال ، فالرجعية هي زوال الرابطة العقدية بكل اثارها (٢٥) . ومن ثم إذا تقرر فسخ العقد فانه ينعدم ويعدُّ كأن لم يكن ، والأنعدام هذا لايحتاج الى نص يقرره لأنه يفرض بمجرد نور العقل وطبيعة الأشياء ، فهو جزاء لتخلف عنصر طبيعي في العقد ، ولذلك لايحتاج إلى تقرير المشرع له بل هو يفرض عليه(٢٦).

وهكذا فأن كلمة الفقهاء تتفق حول تعريف رجعية العقد بأنها تنطوي على عدِّ العقد كأن لم يكن وتؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد بسبب الفسخ القضائي ، وعلى الرغم من ان حكم الفسخ هو حكم منشئ وليس كاشفاً(٢٧). ويبدو ان أتفاقهم هذا لم يتأثر بالمصطلحات المختلفة التي أستعملوها للتعبير عن مقصدهم برجعية العقد ، ولعل سبب إيراد هذه المصطلحات يعود إلى تأثر كل فقيه بما درجت عليه النصوص القانونية في بلده التي لم يشأ أي منهم الخروج عنها . وفي الوقت نفسه فان التعريفات السابقة ركزت على إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ولكنها لن تشر الى ما تتركه هذه القاعدة من آثار بالنسبة للغير الذي قد يتأثر بالعقد المفسوخ. وإذا أردنا ان نعرف رجعية العقد قلنا بأنها : رفع آثار العقد وعده كأن لم يكن بحيث يعاد المتعاقدان الى وضعهما السابق على التعاقد وزوال حقوق الغير الناشئة عنه ما لم يتبين من طبيعة العقد أو ظروف التعاقد ما يدل على خلاف ذلك .

وقد حاول الفقهاء صياغة هذه القاعدة معتمدين على أصولها التأريخية، ولهذا فقد حاول بعضهم ان يوضح معالمها من خلال بعض تطبيقاتها ، وأول من أعترف برجعية العقد كقاعدة عامة واجبة التطبيق هو الفقيه (فورجول) الذي عرفها في نطاق الشرط الفاسخ حيث يرى بأنه اذا أرتبط شخصان برابطة تعاقدية معلقة على أمر غير متحقق الوقوع فانه يكون لتحقق هذا الأمر أثر رجعي ترجع آثاره الى يوم إنشاء الألتزام ، أو الى يوم الوفاة في الوصايا وفي التصرفات المضافة الى الموت . ثم بعد ذلك أيد الفقيه الكبير( بوتيه) ما ذكره سلفه في مواضع مختلفة من فصوله في الألتزامات عندما ذكر ان لتحقق الشرط أثراً رجعياً يرجع الى يوم إبرام العقد(٢٨).

ويعتمد جانب من الفقهاء في تفسير وتأصيل هذه القاعدة الى نظرية الأفتراض المخالف للحقيقة القانونية والطبيعية ، فعند فسخ العقد يعد كأن لم يكن ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حين ان العقد في الحقيقة نشأ وترتبت عليه آثاره، وهذا يخالف الحقيقة التأريخية التي مفادها ان العقد كان موجوداً ونافذاً قبل الفسخ ، ثم كيف نعد ان التصرف نشأ ونفذ ولم ينفذ في الوقت نفسه ، انه امر مخالف لمبدأ عدم التناقض؟!(٢٩).

ولم يكن موقف النصوص القانونية بعيدة عن الموقف الفقهي المتقدم ، إذ أكدت على ان أثر الفسخ هو إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . ويلاحظ على هذه النصوص ان قسماً كبيراً منها وضعت مبادئ عامة لرجعية العقد وصاغتها بشكل تنآى عن التفصيلات ومقررة الحكم البديهي لفسخ العقد المتمثل بالأثر الرجعي . وهي من جهة أخرى أستخدمت مصطلحات مغايرة ايضاً وان دلت بمعناها على هذا الأثر ، فنجد ان نص المادة (١١٨٣) من القانون المدني الفرنسي قد أشارت الى انه في حالة تحقق الشرط الفاسخ يؤدي الى زوال الألتزام ، وترجع الأمور الى الحالة التي كانت عليها وكأن الالتزام لم يكن موجودا ، ونجد أيضاً نص المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وجاء على النحو الآتي (اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا أستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) ، وهو النص نفسه الذي ردده المشرع السوري في القانون المدني من خلال المادة (١٦١) منه . وكذلك ما اخذ به المشرع الجزائري في القانون المدني وفي نص المادة (١٢٢) منه .

وأورد المشرع الكويتي من خلال نص المادة (٢١١) من القانون المدني حكماً موافقاً لما تقدم وان لم يكن مطابقاً ، إذ جاء فيها ( اذا فسخ العقد أعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه فإذا أستحال على أحد المتعاقدين ان يعيد المتعاقد الآخر الى الحالة التي كان عليها عند العقد جاز الحكم عليه بإداء معادل) . وجاء في الفصل (٣٤٦) من مجلة الألتزامات والعقود التونسية ما نصه ( إذا فسخ الألتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ماقبضه منه بموجب العقد المذكور او من جرائه .......)(٣٠).

وبالمقابل نجد ان قانون الموجبات والعقود اللبناني المتأثر بالقانون المدني الفرنسي قد استعمل تعبير الفسخ على النحو الذي حددت معناه التقنينات المدنية السابقة بمعنى الالغاء ، واستعمل لفظ الالغاء بمعنى الفسخ ، فهذا الأخير لاتنتج آثاره الا من تاريخ حصوله ولارجعية له ولايتناول النتائج التي ظهرت الى حيز الوجود قبل فسخه ،حيث أورد المشرع اللبناني من خلال المادة (٢٣٨) ما يفيد القول المتقدم إذ وردت فيه (يجوز ان يكون للحل مفعول رجعي فيسمى حينئذ إلغاء ، كما يجوز ان يقتصر مفعوله على المستقبل ويقال له حينئذ الفسخ) ، وجاء في المادة (٢٤٧) من القانون نفسه (ان العقد المنفسخ لاينتهي حكمه الامن تاريخ فسخه ولايشمل هذا الفسخ ما قبله فالمفاعيل التي كان قد أنتجها تبقى مكتسبة على وجه نهائي) (٣١).

ولم يتضمن التشريع المغربي أي نص صريح على قاعدة رجعية العقد ويذهب الشراح هناك الى ان عزوف المشرع هنا لايمنع من الآخذ به عن طريق القياس على آثار البطلان التي يقول بخصوصها الفصل (٣١٦) ق.ل.ع بوجوب إعادة المتعاقدين الى الحالة نفسها التي كانت عليها قبل نشأة الألتزام(٣٢). وفي السياق نفسه لم يعترف القانون المدني الألماني لعام ١٩٠٠ بقاعدة رجعية العقد إذ نص في المادة (١٥٨) منه على انه إذا كان العمل القانوني معلقاً على شرط موقف فأن آثار هذا العمل تبدأ في الوقت نفسه الذي يتحقق فيه الشرط، وإذا كان العمل القانوني معلقاً على شرط فاسخ فأن آثار هذا العمل تقف في الوقت نفسه الذي يتحقق فيه الشرط وإبتداءً من هذه اللحظة يعود الطرفان الى حالتهما القانونية السابقة(٣٣).

*************************************************************************************

اما المشرع العراقي فقد عرض للأثر الرجعي للفسخ بطريق آخر من خلال بيان الحكم المترتب على الاثر الرجعي، إذ جاء في نص المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (إذا فسخ عقد المعارضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ سقط الألتزام الذي كان مترتباً عليه ، فلا يلتزم تسليم البدل الذي أوجب بالعقد وان كان قد سلم يسترد ، فإذا أستحال رده بحكم الضمان ).

ويلاحظ على هذا النص ان حكم القانون المدني العراقي جاء موافقاً لحكم القانون المدني المصري بوجوب إنعدام كل الآثار التي تولدت من العقد عند فسخه اوحسب تعبير المشرع العراقي يسقط الالتزام، ويلتزم كل من المتعاقدين بان يرد ما كان قد أستوفاه، ففي عقد البيع يرد البائع الى المشتري ثمن المبيع وفوائده ويرد المشتري الى البائع المبيع وثماره . ويمكن القول ان تعبير نص المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري أكثر دقة وأختصارا وإفادة للمعنى فلا حاجة الى تفصيل ذلك من خلال إيراد تطبيق لحالة إعادة المتعاقدين الى قبل العقد كما ورد في المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي ؛ لأن ذلك يدخل في مهمة الفقه والقضاء .

ولم يختلف موقف القضاء حول تعريف رجعية العقد بسبب الفسخ عن الموقف المتقدم ، فقد أتجهت أحكام القضاء الفرنسي الى انه إذا فسخ العقد الملزم للجانبين لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته فانه يجب إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد وكأن العقد لم يوجد أصلاً (٣٤). ووجوب إعادة الأشياء الى الحالة نفسها قبل وجود العقد كما لو كانت الألتزامات المتولدة عن العقد لم توجد أصلاً(٣٥).

وعبرت محكمة النقض المصرية عن رجعية العقد بسبب الفسخ بانه حل الرابطة العقدية وسقوط أثر العقد وعده كان لم يكن وعودة العاقدين الى ما كانا عليه قبل إبرامه(٣٦).

فيترتب على فسخ عقد البيع إنحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه وعده كأن لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل فيسترد البائع العين المبيعة -ويسترد المشتري ما دفعه من الثمن (٣٧).

وسار القضاء اللبناني على النهج نفسه إذ أشارت أحكامه الى ان دعوى الفسخ إذا قبلت تؤدي الى زوال العقد من تاريخ تلكؤ المستأجر ، وان الالغاء يحل العقد حلاً رجعياً منذ البداية(٣٨).

وهذا يدل كما سبقت الإشارة إليه على ان القضاء اللبناني يستخدم مصطلح الالغاء والفسخ للدلالة على زوال العقد منذ البداية بالنسبة للأول وعدم رجعيته او رجعيته في نطاق محدود بالنسبة للثاني ، وهو ما سنبحثه في حينه عند كلامنا عن طبيعة العقد كأحد القيود على رجعية العقد عند فسخه .

ولم يبتعد القضاء العراقي عن القضاء المقارن ، إذا عد رجعية العقد هي النتيجة التي تترتب على فسخه بحكم القاضي ، وبالتالي ، لايجوز المطالبة بإعادة الحال الى ما كانت عليه الا بعد طلب الفسخ . فالرجعية أذن هي أثر من آثار الفسخ . وطبقت محكمة التمييز الاتحادية هذه النتيجة او الاثر في عقود عدة . ففي عقد الإيجار حكمت برجعية العقد بسبب فسخه لعدم قيام المؤجر بتنفيذ التزامه بتسليم المأجور الى المستأجر الذي سدد القسط الاول من بدل الإيجار ، فأجازت للمستأجر ان يطلب فسخ العقد وإعادة الوضع الى ما كان عليه سابقاً وأسترداد المبالغ المستلمة من قبل المؤجر(٣٩).

وفي عقد التجهيز كذلك متى ما اخل أحد الطرفين بتنفيذ إلتزامه جاز للطرف الآخر طلب الفسخ وإلزامه بتأدية قيمة المواد المجهزة عملاً برجعية العقد(٤٠) .

ومن خلال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في تعريف الأثر الرجعي لفسخ العقد يتبين لنا ، وبدون لبس أو غموض ، بان الفقه الاسلامي كان له الافضلية والاسبقية في الاخذ بهذه القاعدة ، سواء من حيث الالفاظ التي أستعملها الفقهاء المسلمون وتأثر بها فقهاء ومشرعو القانون الوضعي أم من حيث المراد من القاعدة وهو جعل العقد كأن لم يكن وإعادته الى ما كان عليه من قبل ، أو بحسب تعبيرهم إعادة العقد الى قديم الملك، كأنه لم يخرج من ملك مالكه اصلاً (٤١).

********************************************************************************

## المطلب الثاني: تقدير رجعية العقد

ان تقدير رجعية العقد عند فسخه قضاءً وان كانت من المبادئ أو النظريات التي سلم بها الفقه في رأيه وايده التشريع في نصوصه وطبقه القضاء في أحكامه، الا انه مع ذلك لم تسلم من التجريح والنقد والدعوة الى إلغاء الاخذ بها وعدم تطبيقها في العقود كافه عند الحكم بفسخها ، إذ تعرضت هذه القاعدة الى جملة من الأنتقادات حاولت النيل منها أو تطويق نطاقها في اضيق الحدود كلما كان ذلك ممكناً ، فعرض الفقهاء المؤيدون والمعارضون لها حججاً وأستعرضوا أدلة مستمدة من طرق عدة لتدعيم رأيهم والوصول بها الى الاخذ المطلق بهذه القاعدة أو أنكارها على نحو يؤدي الى أستبعادها تماماً أو تضييق حدودها . ولأجل إعطاء صورة واضحة عن تقدير رجعية العقد عند الحكم بفسخه قضاءً سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول الموقف المؤيد أوالمدافع لرجعية العقد وفي الثاني نوضح الأتجاه المعارض للأخذ بها وعدم تطبيقها .

### الفرع الأول: الاتجاه المدافع عن رجعية العقد عند فسخه قضاءً

حظيت نظرية رجعية العقد عند القضاء بفسخه بأهتمام جانب كبير من الفقهاء الذين دافعوا عنها وعن الاسباب التي دعت الى الاخذ بها وتقرير أهدافها وغايتها التي يراد الوصول إليها . وقد عبر جانب من الفقهاء المسلمين ممن دافع عن هذه القاعدة بعبارات تدل وبشكل واضح على ان الرجعية تعني رفع حكم العقد من الاصل وجعل العقد كأن لم يكن منذ نشوئه ويعاد الامر الى ما كان عليه من قبل (٤٢). ومعنى جعله كأن لم يكن موجودا ، أي كالمعدوم ، فرغم ان العقد هنا واقع وموجود الا ان المشرع يعطي الموجود حكم المعدوم فيقدره معدوماً فيعطيه حكم عقد لم يوجد(٤٣).

ويعلل الفقهاء المسلمون أعترافهم بهذه القاعدة واعمالها في جميع العقود بقولهم ان العقد ليس من قبيل العلل العقلية كي لايمكن انفكاكه عن آثاره ، وان الفسخ عبارة عن حل العقد والربط الموجود بين المالكين بحيث يكون العقد بسببه معدوماً،فكأنه لم يكن مذكوراً ،فالاشكال المذكور من ان الشك في تحقيق الفسخ يوجب الشك في وجود العقد(٤٤).

وفي البيع الفاسد يكون لرجعية العقد دور كبير في رد المتعاقدين الى ما قبل العقد وذك رفعاً للفساد ورجوعاً لما كان لهما من رأس المال وصوناً لهما عن المحظور ، ويكون رجوع كل منهما الى ما دفعه عيناً واجب مع قيامه ، فان هلك أي أستحال الرد العيني وجب الرجوع الى القيمة ، ان كان قيمياً ، او الى المثل ، ان كان مثلياً ، وهو ما يسمى بالتعويض . ومعنى الكلام المتقدم ان فسخ عقد البيع الفاسد يقتضي فسخه من اصله أي بأثر رجعي إستناداً الى الماضي ، كما يعني ان الاستحالة بالرد العيني لايمكن ان تمنع من اعمال هذا الاثر وإنما يصار الى التعويض . كما ويستند رجعية العقد عند فسخه في الفقه الاسلامي الى أعتبارات تقوم على العدالة وأستقرار المعاملات والحفاظ على اموال الناس . فالعدالة تقتضي ان يكون للعقد أثر رجعي عند فسخه ، والشرع الحنيف هو الذي يقرر هذه الرجعية لتحقيق اهداف عادلة تتحقق من اعمال هذا الاثر من خلال إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ومن ثم يرد كل منهما ما قبضه فلا يثري أحدهما على حساب الاخر دون وجه حق ؛ لأن أحتفاظ أي من الطرفين بما حصل عليه بموجب العقد المفسوخ يصبح بدون مقابل ، وهذا ظلم وأكل لأموال الناس بالباطل والشرع الحنيف قد نهى عن ذلك . وقد تقتضي دواعي استقرارالمعاملات بين الناس اعمال الرجعية إذ يعود المال الى المتصرف دون ان يكون هناك حاجة الى أجراء عقد جديد يتطلب وقتاً أو تكلفة اضافية .

كما ان القول بالاثر الرجعي للعقود يحمي أموال الناس الخاصة من التعدي عليها ، فعند تطبيق رجعية العقد يجب ان تعود العين الى المتصرف خالية من أية حقوق للغير يكون المتصرف اليه قد رتبها على هذه العين (٤٥).

وقد طبق الفقهاء هذه القاعدة في عقود عدة منها عقد البيع، فذكر جانب منهم ان فسخ البيع يعني ارتفاعه من الاصل كان لم يكن (٤٦). لأن البيع عبارة عن تمليك غير محدود ، ومعنى كونه غير محدود أستمراره مالم يثبت مانع يقيني، وبعبارة اخرى ان نفس العقد مقتضى للبقاء والفسخ مانع من بقائه ، فإذا علمنا بتحقق الفسخ فرفع اليد

عن مقتضاه والا فلو شككنا فيما هو مانع او مزيل له كما في المقام فلاوجود للمقتضى وهوالعقد وعدم العلم انه مانع (٤٧).

وفي عقد السلم اذا انفسخ سقط المسلم فيه عن ذمة المسلم اليه ورجع المسلم الى رأس مال السلم فان كان باقياً اخذه وان كان تالفاً رجع الى مثله ان كان مثلياً وان كان لامثل له رجع الى قيمته(٤٨).

وأكثر من هذا طبق الفقهاء المسلمون رجعية العقد ، حتى وان كان ذلك العقد مستمراً ، فلو تحقق احد اسباب الفسخ أثناء مدة العقد فان ذلك لاينافي ازالته من البداية او على حد تعبيرهم ازالة العقد رأساً اذا كان متعلق العقد امر مقيد بالزمان كأجاره الدار الى سنة(٤٩).

وساير الفقهاء المسلمون المعاصرون هذا الرأي المتقدم مشيرين الى ان أنحلال العقد يكون اثره في احد اشكاله مستنداً ، أي انه ذو اثر رجعي منسحباً على الماضي فيوجب التراجع فيما نفذ من ألتزامات(٥٠) ويدافع الفقه المدني الحديث عن تبني الفقهاء المسلمين لرجعية العقد عند فسخه بانه ليس في الأمر أي تناقض أو خروج على المنطق او القواعد العامة ، وذلك لأن لفكرة الاثر الرجعي نطاقاً خاصاً غير النطاق الذي حدده فقهاء القانون المدني الوضعي ، فالمجال الطبيعي لقاعدة الرجعية عند الفقهاء المسلمين قاصر على المتعاقدين وورثتهما على رأي من يقول بأنتقال الخيار للورثة(٥١).

واذا كان الفقه المدني قد أنكر ورفض الاثر الرجعي للقانون كقاعدة عامة ، فان الاثر الرجعي في التصرف القانوني لازال معترف به من قبل رجالاته ويبسط حكمه على الوقائع القانونية التي تكون محلاً لتطبيقه(٥٢).

ودافع جانب من الفقه المدني عن الاثر الرجعي لفسخ العقد معدا هذا الاثر سارياً على كل العقود دون أستثناء بالأستناد الى ما اقره من وجود غايات وأهداف لرجعية العقد والتي اعترف بها المشرع والمتمثلة بثلاثة أمور:

**الاول** : إيجاد نوع من التأصيل القانوني لإعادة العقد الى سابق عهده وإلزام كل طرف فيه برد ما قبضه بحيث يتم إلغاء كل الآثار المترتبة على هذا العقد .

**الثاني** : تسويغ عودة المال الى المتعاقد الذي دفعه قبل تقرير الفسخ دون حاجة الى إبرام عقد جديد وذلك من خلال عد ان المال لم يخرج مطلقاً من يد صاحبه .

**الثالث** : عدم نفاذ التصرفات التي يكون احد العاقدين قد إبرمها بحق المتعاقد الآخروذلك بوصفها تصرفات في ملك الغير ، وبالتالي فلا يكون بمقدور المتصرف اجراءها ؛ لأنه لايجوز له ان ينقل الى الغير حقوقاً اكثر مما يملك ، ومن ثم فان تقرير رجعية العقد فيه حماية لحق الملكية في ضرورة ان تعود خالية من القيود والحقوق التي رتبها من زالت عنه الملكية بسبب الفسخ(٥٣).

ولهذا فالمستقر عند جانب من الفقهاء ان آثار الفسخ تتمثل في توقف العقد عن أنتاج اثاره القانونية ، ومن ثم فانه لايمكن ان يترتب على هذا العقد أي اثر في المستقبل ، فضلاً عن وجوب إعادة المتعاقدين الى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد وإلزامهما برد ما قبضا الى ان يصح القول بان العقد لم يكن له وجود اصلاً في وقت من الاوقات ، ولهذا يقال بان للفسخ اثر رجعي ، فاذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فان ذلك يعني ان المتعاقد الآخر لم يحقق غايته من العقد التي كان يبتغيها وبالتالي يجب ان يتخلص هو ايضاً من تنفيذ الالتزامات الملقاة عليه ، وهذا لايمكن ان يكون ممكناً الا عن طريق الاقرار بحل الرابطة التعاقدية من خلال فسخها ، وبالتالي يزول العقد من وجوده وتزول معه كافة اثاره ويصبح كأن لم يكن ، وبدونه لايكون للفسخ أي معنى ؛ لأنه لو لم يكن له هذا الاثر او انحصر فقط بالنسبة للمستقبل دون المساس بالاثار التي ولدها العقد قبل فسخه وأبقينا عليها ، فان ذلك يعني عدم نشوء التزام بالرد لصالح من قام بتنفيذ التزامه قبل وقوع الفسخ ، لذلك لابد ان يترتب على الحكم بالفسخ اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد(٥٤).

ويشير جانب من الفقه الى ان الفسخ يعني حل العقد وعده كأن لم يكن ، ليس فقط من لحظة الحكم بالفسخ وإنما من لحظة انعقاده ، فالعقد المفسوخ لايكون له وجود من الناحية القانونية وبالتالي لايمكن ان يستند اليه احد المتعاقدين في المطالبة بحق من الحقوق لأنه يقضي على كل اثر للعقد(٥٥). ودافع قسم آخر من الفقهاء عن رجعية العقد بعد فسخه قضاءً بقوله (نحن نعتقد ان الاثرالرجعي يعد احد الخصائص المميزة لنظام الفسخ وبدونه لايمكن للفسخ كنظام جزاء ان يحقق غايته ... وانه من الصعب ان يُجرد نظام الفسخ من احد خصائصه الاساسية لمجرد

صعوبة تطبيقه في بعض الحالات ... وغاية ما هنالك ان تنفيذ الاثر الرجعي للفسخ تنفيذاً عينياً يبدو أمراً غير ممكناً ، فانه ينفذ بطريق التعويض ، فمثلاً إذا فسخ عقد الايجار ، فانه يستحيل على المستأجر ان يرد الى المؤجر منفعة العين التي حصل عليها ، ولذلك فان المستأجر يكون ملزماً بتعويض المؤجر عن هذه المنفعة . وقد يجد القاضي ان خير تعويض هو ان يحتفظ المؤجر بما حصله من اجرة، فلا يكون ملزمً بردها ، وهكذا يتضح ان احتفاظ المؤجر بالأجرة يكون على سبيل التعويض وليس تنفيذاً للعقد المفسوخ )(٥٦) .

وهذا ما توقعه المشرع ووضع له الحل عندما أقرت النصوص القانونية المنظمة لفسخ العقد بأنه اذا استحال إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فانه يجوز الحكم بالتعويض ،وعلى ذلك فان استحالة رد الاوضاع الى الحالة ذاتها التي كانت موجوده قبل إبرام العقد لايمكن ان تؤدي الى القول بان الفسخ ليس له اثر رجعي ، فالاثر الرجعي موجود دائماً ويجب اعماله وكل ما هنالك انه مستحيل تنفيذه عيناً ، فيصار الى تنفيذه عن طريق التعويض وهو ايضاً اعمال للأثر الرجعي للفسخ ، فضلاً عن ذلك ان اعادة المتعاقدين الى الحالة السابقة على التعاقد لاتستلزم بالضرورة ان يحكم القاضي بالرد في جميع الحالات ، فمتى ما وجد القاضي ان هناك تعادلاً في الاداءات المنفذة من قبلهما، فيمكنه ان يحكم بأحتفاظ كل منهما بما حصل عليه من هذه الاداءات على سبيل التعويض وليس تنفيذاً للعقد (٥٧).

وينتهي اصحاب هذا الرأي الى القول بعبارة مختصرة الى ان الاثر الرجعي للفسخ هو اثر مطلق يحتج به في مواجهة الكافة وان حكمه هو حكم عام لايستثني أي عقد بل ان كل العقود الخاضعة للفسخ يجب ان تخضع لهذا الاثر الرجعي(٥٨).

ويلاحظ بان الاتجاهات التشريعية تؤيد ما ذهب اليه اصحاب هذا الرأي من ضرورة الحكم باعادة المتعاقدين الى ما قبل التعاقد ، وهو اقرار صريح من المشرع برجعية العقد بعد الحكم بفسخه ، ولم يرد في النصوص القانونية التي اقرت هذا الاثر أي استثناء عليه سوى ما يتعلق باستحالة رد المتعاقدين الى وضعهما السابق ولكن ليس من شأن هذا الاستثناء ان يمنع من تطبيق الاثر الرجعي اذ يصار الى الحكم بالتعويض وهو ما اعترف به وايده اصحاب الرأي الفقهي المؤيد للأثر الرجعي في جميع العقود .

ومن ذلك ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري( يترتب على الفسخ قضائياً او اتفاقياً او قانونياً انعدام العقد انعداماً يستند اثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه .... واذا اصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض على الملزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق)(٥٩) .

ويضاف الى ما تقدم ذكره من اتجاهات فقهية وتشريعية التي تطالب بأعمال الاثر الرجعي لفسخ العقد والدفاع عنه ، فان احكام المحاكم هي الاخرى كان لها موقف مساند إذ اكدت محكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها بان الفسخ يعيد الوضع الى ما كان عليه قبل انعقاد العقد كما لو ان الالتزام لم يوجد اصلاً(٦٠).

واكدت في حكم آخر تأكيد على ما تقدم ان قاعدة الاثر الرجعي للفسخ تطبق على عقد الايجار فيعود الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وكأن العقد لم يوجد ابدا(٦١) .

وهو ما اتجه اليه القضاء المصري إذ جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية ان النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني الذي يقضي بانه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي عليها قبل العقد وهذا الحكم قطعي الدلالة على الاثر الرجعي للفسخ وعلى شموله العقود كافة(٦٢).

وجاء في حكم آخر اكدت فيه المحكمة نفسها بأن فسخ العقد يترتب عليه انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه ويعد كأن لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل (٦٣).

وجاء في حكم للمجلس الاعلى للقضاء المغربي ان العقد متى انفسخ ترتب عليه سقوط اثاره ويؤدي الى زوال الرابطة التعاقدية على الرغم من ان القانون المغربي لم ينص على رجعية العقد في نصوصه ولكن القضاء لم يتنكر لها واعترف بها (٦٤).

ولم يصرح القضاء العراقي في احكامه بخصوص رجعية العقد ولكنه اشار الى فسخ العقد وما يترتب عليه من آثار تتمثل في إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانت عليها قبل العقد ورد كل متعاقد ما قبضه (٦٥) .

وهذا ان دل فانه يدل على ان قاعدة الرجعية لم ينكرها القضاء العراقي كأصل عام عند فسخ العقد قضاءً .

## الفرع الثاني: الاتجاه المعارض لاطلاق الاثر الرجعي لفسخ العقد

تعرضت قاعدة رجعية العقد الى عدة انتقادات حاول انكار وجودها تماماً بحجة انها ليست ضرورة قانونية او تقييد نطاقها قدرالامكان بحيث لاتسري على العقود جميعها ، ولهذا ظهر اتجاه معارض لتطبيق هذه القاعدة عند فسخ العقد . وكان الاختلاف حول مدى الاثر الرجعي لفسخ العقد عند الفقهاء المسلمين يعود الى اختلافهم في معنى فسخ العقد من اصله ، إذ يرى جانب من فقهاء الحنفية والمالكية والامامية ان معنى ذلك ان لايترتب على العقد اثر في المستقبل دون ان يفقد كل اثاره الموجودة في الماضي ، أي ان ما مضى بين المتعاقدين يبقى دون ان ينسحب اليه اثر الفسخ، فحسب تعبيرهم ان الفسخ يرفع العقد من حينه لامن اصله على الصحيح فيقع اثره فيما يستقبل من الزمان دون الماضي(٦٦).

ويعلل اصحاب الرأي المتقدم هذا القول بان الحكم بفسخ العقد وجعله كأن لم يكن امر متناقص ؛ لأن العقد إذ عد كان لم يكن فان الفسخ يكون كأن لم يكن كذلك ، لأن فسخ العقد بدون العقد لايكون ، فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل ، واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لإنعدام ما ينافيه ، فيكون هناك دور في الدعوى وتناقص من هذا الوجه ،ولكن يقال بجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل دون ما مضى(٦٧) .

ويذكر القرافي في كتابه الفروق معنى عبارة فسخ العقد من اصله عند تعرضه لقاعدة رفع الواقعات وتقدير ارتفاعها التي تلتبس على كثير من الفقهاء حسب قوله، فرفع الواقعات استحاله عقلية وممتنعه في الشريعة الاسلامية واما تقدير ارتفاعها مختلف فيه ، ووجه الاختلاف يظهر في مسائل منها مسألة الرد بالعيب هل هو رفع للعقد من اصله او من حينه ، وثمرة هذا الخلاف في ذلك تظهر في زوائد المبيع لمن تكون هل تكون في الزمن الماضي للبائع ان قدر ان فسخ العقد من اصله . أوتكون للمشتري ان جعل الفسخ من حينه(٦٨). وعبر فقهاء الحنفية عن ذلك بمصطلح الاقتصار الذي يفيد بعدم رجعية العقود ، فهو عكس الأستناد . وعرف الأقتصار بانه ثبوت الحكم في الحال دون مجاوزته الى الماضي ، وعبر فقهاء الامامية عن ذلك بمصطلح النقل الذي هو كالاقتصار عند الحنفية للتعبيرعن عدم رجعية العقد . فالنقل المقتضي رفع اليد عما اقتضى مقارنة اثر العقد لحصوله ، فاثر العقد وهو الملك لايتخلف عن العقد على وجه يكون العقد في زمان والاثر الذي هو الملك هنا في زمان آخر(٦٩).

وقد طبق الفقهاء المسلمون كلامهم السابق الذكر عند فسخ العقد بحكم الحاكم بسبب العيب ،فالفسخ يؤدي الى رفع العقد من حينه ولايكون له اثر رجعي على الماضي ورتبوا على ذلك ان ما يغله المبيع من الغلال المردودة بعيب تكون للمشتري من وقت عقد البيع وقبض المشتري لها (٧٠)، وفي عقد المساقاة اذا كان سبب الفسخ يعود الى اخلال العامل بالتزاماته كما لو هرب وترك عمله كان لرب العمل فسخ العقد ، واذا اختاره فان العقد ينفسخ في الباقي من العمل(٧١).

وفي عقد المزراعة اذا كان مستجمعاً لجميع شرائطه ثم فسخ بسبب يعود لأحد الطرفين اثناء سريانه فالزرع يكون مشترك بينهما على النسبة وليس لصاحب الارض على العامل اجرة الارض ولا العامل أجرة عمله بالنسبة الى ما مضى لأن المفروض صحة المعادلة وبقاؤها الى حين الفسخ(٧٢) .

اما فقهاء القانون المدني ، فرغم ان جانباً منهم كان يرى ان رجعية العقد لاتخالف الحقيقة الطبيعية والقانونية بل هو تطبيق لهما ، الا انه في مقابل ذلك هناك من يرى انها تبسط ظلاً كثيفاً على النظم القانونية وتهدر كثير من الحقوق وتهدد استقرار التعامل ، كما انها ليست ضرورية لتفسير بعض النتائج ، اذ ان النتائج التي ترتبت عليها نتيجة لزوال العقد يمكن تفسيرها دون اللجوء الى الاستعانة بها ، فعد العقد كانه لم يكن بسبب الفسخ يرجع الى القاعدة التي تقضي بان الشخص لايستطيع ان يدلي الى غيره باكثر مما يملك، فالشخص لايكون بمقدوره ان ينقل لغيره الحق الابالوصف الذي يملكه به (٧٣).

واذا كان الامر كذلك فيجب ترك العمل بهذه القاعدة إستناداً الى المبادئ القانونية الحديثة ومقتضيات التطبيق العملي لها ، أو على اقل تقدير السعي نحو تضييق نطاقها وعدم التوسع فيها .

ففكرة الاثر الرجعي لاتثار في جميع العقود، كتلك التي ترد على عمل أو امتناع عن عمل فمثلاً اذا عهد الى طبيب بأجراء عملية جراحية فقام بها ولكنه لم يبذل عناية الشخص المعتاد (الطبيب العادي ) فبماذا يفيد الفسخ او الاثر الرجعي له ، فليس امام الدائن سوى المطالبة بالتعويض . كذلك الحكم في الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل ، وقام المدين بتنفيذ العمل المنوع منه ، فان الدائن لايفيده شيئاً ان يطلب الفسخ وان يكون لهذا الفسخ أثر رجعي ، بل من مصلحته ان يطلب التنفيذ بطريق التعويض عن الماضي ، كما انها لاتنهض مبرراً كافياً لألتزام المدين بالرد اذا استحال عليه الرد عيناً ، ومن ثم فانها لاتكفي لتنظيم العلاقات بين أطراف العقد المنحل بسبب الفسخ(٧٤). وهذا يؤدي الى جعل قاعدة الرجعية مستحيلة التطبيق عملاً من خلال ما يتضح من طبيعة المركز القانوني للمتعاقدين قبل تحققها ، مما يؤدي الى استحالة قانونية مطلقة تحول دون إفادة أي من المتعاقدين من الحق على الوجه الاكمل ، وهذه الاستحالة القانونية تقضي الى استحالة عملية تكمن اساساً في عدم امكان قيام اكثر من شخص واحد بممارسة حق واحد في وقت واحد على الشئ نفسه . ومن جانب آخر ان العمل بقاعدة رجعية العقد يؤدي الى عرقلة تداول وإدارة الاموال ادارة حسنة لأنه يتعذر معرفة أي من المتعاقدين سيناط به إدارة هذه الاموال . كما انها تمنع من تداول الاموال وتعد عقبة امام حريتها فمتى ما تحققت الرجعية سيمنع تداول الاموال(٧٥) .

ومن جانب آخر لايمكن قبول قاعدة الاثر الرجعي على اطلاقها في تنظيم العلاقة بين المتصرف بالمعقود عليه(المشتري) والغير. اذ ان حماية الغير الذي تعامل مع من زالت ملكيته باثر رجعي يجب ان تكون محل اعتبار كحماية المالك نفسه ، وهذه الحماية لن تتحقق الا اذا صنفنا عقد المتصرف كسند كامل على الرغم من ان صدوره من غير مالك . دون عده سبباً صحيحاً يمكن للغير ان يتمسك به اعمالاً لقاعدة الحيازة في المنقول ، ان كان الشئ منقولاً ، او عن طريق التقادم الخمسي ، ان كان الشئ عقاراً ، فلو ان التصرف صدر من غير مالك وليس له الا ادعائه انه مالك دون ان يسند ادعائه هذا بأي شئ آخر ، وعلى هذا الفرض استقر القانون والفقه على ان حماية المالك اولى من حماية الغير ولو كان حسن النية ، ولايمكن ان يستند الى عقده بعده عملاً ناقلاً للملكية ، وكل ما يمكنه ان يتمسك به بوصفه سبباً صحيحاً وان تملك بالتقادم المبني على السبب الصحيح او تملك بالتقادم الطويل فان الملكية انتقلت من المالك الى ذلك الشخص دون ان تمر بذمة المتصرف انتقالاً غير ارادي ، كما ان الاثر الرجعي يتعارض مع الحجية المطلقة للحقوق العينية التي أكتسبت اكتساباً صحيحاً ، فضلاً عن انه يخالف المنطق ، ويضاف الى ذلك انه غير متعلق بالنظام العام ويجوز استبعاده بمقتضى شرط صريح في العقد او بموجب طبيعة العقد نفسه ، أي انه يمكن ترك قاعدة الاثر الرجعي في الفسخ ، فهي ليست من سماته .

وينتهي الرأي المتقدم الى القول بانه يجب ان نعدل عن القول بان للفسخ اثرا رجعيا والاستثناء الا يكون له اثر رجعي الى القول انه ليس للفسخ اثر رجعي والاستثناء هو ان يكون له اثر رجعي (٧٦).

ولم يختلف موقف القضاء كثيراً عن موقف الفقه ، فقد اتجهت احكامه الى تاييد عدم رجعية العقد عند فسخه وخاصة في العقود المستمرة ،اذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية في كثير من احكامها الى انه في حالة فسخ عقد مستمر فان هذا الفسخ لاينتج اثره الا بالنسبة للمستقبل ، وطبقت هذا المبدأ في عقد التأمين ، حيث أكدت على ان افلاس المؤمن يؤدي الى إلغاء عقد التأمين بالنسبة للمستقبل . وفي عقد المقاولة قررت المحكمة ذاتها بأن هذا الفسخ ينتج اثاره في المستقبل ايضاً(٧٧).

وفي المعنى نفسه تقول محكمة النقض المصرية (ان الوقت الذي يُعتد فيه بفسخ العقد هو وقت صيرورة الحكم الصادر بالفسخ نهائياً لاقبل ذلك) . وتضيف المحكمة الى ذلك بقولها( انه اذا فسخ عقد الايجار فليس لهذا الفسخ اثر رجعي ويُعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بالفسخ لاقبله)(٧٨).ويمكن القول انه لايمكن الكلام عن فسخ العقد دون ذكر اهم خصائصه وهو الاثر الرجعي المتمثل بأعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد وكأن العقد لم يتم . وعلى الرغم من وجاهة الحجج المناهضة لاطلاق الرجعية على كافة العقود عند فسخها فان مما يرد عليه انه لماذا نسلم بان بطلان العقد يحكم باثره الرجعي على كافة العقود ، فالفقه والقضاء لم يستثني أي عقد من اعمال الاثر الرجعي للبطلان فلماذا اذن يقال بخلاف ذلك في الفسخ ؟ واذا كان يرد على الكلام المتقدم بأنه في حالة الفسخ نشا العقد صحيحاً ويبقى صحيحاً الى ان يحكم بفسخه ، وعليه يمكن ان تتسبب اليه آثار قانونية خلال

هذه المدة السابقة على الفسخ ، اما في حالة الابطال فقد نشأ العقد منذ البداية معيباً ، ومثل هذا العقد لايمكن ان ينسب اليه أي أثر قانوني في أي وقت من الاوقات . وهذه الاجابة لو صحت ، فلماذا لاتبقى ايضاً اثار العقد الفوري السابقة على فسخه والذي انعقد صحيحاً وظل كذلك حتى الحكم بفسخه كذلك ان استحالة الرد لاتحول دون اعمال الاثر الرجعي للفسخ لأنها وان كانت تحول دون الرد العيني لذات الاداء الذي نفذ فانها لاتحول دون الرد بمقابل وهذا الاخير ممكن دائماً ، وهوما يتفق مع الغاية التي شرعت قاعدة الرجعية من اجلها؟(٧٩).

وحتى في ظل احكام الفقه الاسلامي الذي رأى في ان انحلال العقد يكون على شكلين ، اما مستنداً أي له اثر رجعي ، واما مقتصراً أي ليس له اثر رجعي وانما يسري حكمه على المستقبل ، فان الرأي الذي ينتهي اليه الفقهاء المعاصرون ان هذا الاشكال النظري لاينال في أي حال من الاحوال من الاثر الرجعي للعقد وانسحاب حكم الفسخ في بعض العقود على الماضي . وهو متفق عليه وهذا الحكم يتمثل في رد ما تم تنفيذه من التزامات كرد المبيع واسترداد الثمن(٨٠).

## المبحث الثاني: القيود الواردة على رجعية العقد عند فسخه قضاء

على الرغم من صراحة النصوص القانونية المقررة لقاعدة رجعية العقد عند الحكم بفسخه قضاءً الا ان ثمة قيود ترد على هذه القاعدة تحد من اطلاقها وتعمل على تطويقها، واغلب هذه القيود مرجعها الى الفقه المدني الذي حاول جاهداً ان يستخلص من موقف الاطراف المتعاقدة احياناً ومن واقع العقد او تنفيذه احياناً اخرى ما يمكن تسميته بقيود رجعية العقد . ووجد القضاء نفسه متأثراً في بعض الاحيان بهذه الآراء للحكم بعدم الرجعية .

ورغم ان القيود الواردة على قاعدة رجعية العقد بالنظر لما اوردها الفقهاء هي متناثره في مؤلفاتهم ولم يجمعها جامع فقد حاولنا ان نجعلها في طائفتين، الاولى ارجعنا فيها هذه القيود الى إرادة المتعاقدين وهذا ما سنبحثه في المطلب الاول بعنوان القيود الارادية على رجعية الفسخ والثانية استندنا فيها الى واقع العقد خاصة بعد تنفيذه وهي ما ستكون موضوعاً للمطلب الثاني بعنوان القيود العملية على رجعية الفسخ .

## المطلب الاول: القيود الارادية على رجعية الفسخ

قد يكون لإرادة الطرفين المتعاقدين او احدهما دور في عدم رجعية العقد مما يشكل قيداً على اعمال هذه القاعدة، والقيد الارادي احياناً قد يمنع الاخذ برجعية العقد تماماً أي يكون بحكم المانع الذي يحول دون العمل بالرجعية، وقد يستعمل هذا القيد احياناًاخرى للحد من اعمال الاثر الرجعي او حصره في وقت معين او نطاق محدد. فقد لايرغب كلا المتعاقدين من العودة الى ما قبل العقد بارادتهما ،او بانتفاء مصلحتهما من الاثر الرجعي لفسخ العقد. ولأجل ايضاح ما تقدم سنتناول هذه الموضوع في فرعين ، نتناول في الاول دور إرادة المتعاقدين في عدم العمل بالرجعية ونبحث في الثاني انتفاء المصلحة من رجعية العقد .

### الفرع الاول: إرادة المتعاقدين

يتقيد تطبيق قاعدة الاثر الرجعي لفسخ العقد احياناً بسبب إرادة المتعاقدين . اذ يكون للأرادة هنا دور في تقييد اعمال هذه القاعدة او حتى استبعادها .

وقد استخدم بعض الفقهاء المسلمون تعبير القيود بمعنى الموانع التي يصعب معها الرد احياناً ، وطبقوا ذلك في مناسبات متعددة ابرزوا من خلالها دور إرادة الاطراف الصريحة او الضمنية في النزول عن الاثر الرجعي ، فاذا فسخ العقد فان مقتضاه إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، ولكن متى ما تصرف احدهما بالمعقود عليه بعد قبضه قبل تحقق شرط الخيار أي في مدة خيار الشرط وكان الخيار له فان ذلك التصرف يعد قيداً على تطبيق الاثر الرجعي ، وذلك لتعذر فسخ العقد في مثل هذه الحالة وتعذر الفسخ يوجب لزوم العقد . كما ان هذا التصرف يدل على اختيار الملك وهو يناقض اختيار الفسخ والرد، وهذه دلالة على اسقاط الاثر الرجعي وحكمه حكم الاسقاط بصريح العبارة(٨١). وتردد الفقه المدني في مدى قدرة الإرادة على استبعاد رجعية الفسخ

*******************************************************************************

أو تقييدها ، بين مؤيد لذلك او معارض لها . إذ يؤسس جانب منهم عدم اعمال الرجعية على اساس من ان احكام الفسخ المتمثلة بالاثر الرجعي لاتتعلق بالنظام العام ، وبالتالي اذا ما اريد استبعاد تطبيقها ، فيجب ان يتفق المتعاقدان على ذلك ، كما هو الحال في كل مرة يراد بها الخروج عن احكام القواعد العامة المكملة او المفسرة وعلى اعتبار ان قواعد الفسخ من صنفها ، فعدم وجود مثل هكذا اتفاق يؤدي الى اعمال تلك القواعد وتنفيذها ويعني في الوقت نفسه ان المتعاقدين ارادا اعمال احكامها . ومن ثم لايجوز استبعادها الا مع وجود هذا الاتفاق .وبدون شك ان ارادة المتعاقد هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار ، بيد ان هذه الارادة هي ذاتية بطبيعتها ، ولكن استخلاصها لايتم الا بوسيلة مادية او موضوعية هي عبارة العقد ذاتها ، فاذا كانت هذه العبارة واضحة فيجب ان تعد تعبيراً صادقاً عن ارادة المتعاقدين المشتركة ولايجوز الانحراف عن هذا التعبير لأستقصاء ما اراده العاقدان حقيقة عن طريق التفسير او التأويل(٨٢). ويضيف اصحاب هذا الرأي الى ما تقدم انه يجوز الاتفاق على عدم العمل برجعية العقد عند فسخه بل وحتى النزول مقدماً عن الفسخ ما دام الفسخ مبني على الارادة الضمنية ، فان الارادة الصريحة تكون اقوى وان لكل شخص صاحب حق النزول عنه متى كان كامل الاهلية ، ثم ان هذا الحق اقر لحماية الدائن فلا ضير اذا نزل عن هذه الحماية(٨٣) .

وهذا الحكم لاينتقص من قاعدة الاثر الرجعي بل يتواءم مع اساسها الذي يتلخص في ان الرجعية لاتعدو ان تكون تفسيراً لإرادة المتعاقدين ، فالامر يبدأ وينتهي عند هذه الارادة، فضلاً عن ان الاثر الرجعي اذا كان المقصود منه حماية احد المتعاقدين اصلاً . فانه اذا تخلى الاخير عن الحماية المقررة له فانه يجب اعمال ما اراده . واذا كان النزول عن الاثر الرجعي ضمنياً فيجب اثباته بكافة الطرق لانه يستفاد من وقائع ايجابية تسوغ هذا الاستنتاج ومن ذلك مثلاً اذا كان الدائن قد تسبب هو ، وبخطأ منه ، في عدم التنفيذ كما لو نشأ من فعله هلاك الشئ الذي يسعى عن طريق الفسخ استرداده . او كما لو تصرف الدائن في الشئ محل العقد الذي تلقاه، فلا يستطيع ان يطلب اعادة الحالة الى ما كانت عليه لانه يلتزم بالضمان تجاه المتصرف اليه ولأن طلبه هذا يتناقض مع التزامه بالضمان ،او يكون الدائن قد شارك المدين في تصرف اجراه الاخير على المال الذي تلقاه بمقتضى العقد المفسوخ اذ تعد مشاركة الدائن وموافقته على التصرف الثاني نزولاً عن التمسك بكل الحقوق التي يمكن ان تغير المركز الناشئ عن التصرف ،كما يفيد عدم العمل للأثر الرجعي للفسخ ضمنياً متى سكت المتعاقدان او احدهما ممن له الحق في طلب الفسخ من التمسك به عن طريق سكوته عن استعمال حق طلب الفسخ لفترة من الزمن على الرغم من ان السكوت لوحده لا يعد نزولاً عن الحق ولكن طالما اتخذ صاحبه مع سكوته موقفاً لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على قصد النزول فكان تعبيراً ضمنياً عن إرادة النزول عن الحق (٨٤) .

وفي مقابل ذلك رفض اغلب الفقهاء اعطاء مثل هذا الدور للارادة ، وحجتهم في ذلك ان القانون قد اعطى للقاضي الحق في الرقابة على تنفيذ العقد ، ولايمكن قبول الغاء هذا الحق عن طريق ايراد شرط من قبل المتعاقدين اواحدهما في العقد مقدماً ، كما ان التنازل مقدماً عن الاثر الرجعي للفسخ يعني سلب القوة الملزمة للالتزامات العقدية ، اذ انه يحرم الدائن من اهم الضمانات التي اقرها القانون له . فضلاً عن انه لايجوز النزول عن هذا الحق قبل ثبوته .

واذا كان بمقدور الارادة التعاقدية استبعاد العمل بالرجعية فانه لايمكن اللجوء الى الافتراض والقول ان بان ارادة المتعاقدين افترضت هذا الامر ان لم يكن هناك اتفاق يقضي بذلك ؛ لأن عدم وجود مثل هذا الاتفاق يفترض العكس بان الافراد قد قبلوا اعمال حكم هذه القاعدة ،والقول بخلاف ذلك يؤدي الى فتح باب التخمين امام المحاكم والفوضى في المعاملات وعدم استقرارها ويجعل المحاكم في حيرة من امرها في البحث في كل قضية على انفراد فيما اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى ذلك .

كما ان هذه الارادة المفترضة لايمكن ان تكون سبباً لأستبعاد قاعدة الرجعية لأن ذلك يعد مخالفاً للحقيقة ولاسيما اذا كان العقد من العقود المستمرة محدد المدة ، لأنه عندما يكون العقد كذلك فان الشئ المؤكد هو ان المتعاقدين عند ابرام العقد قد ارادوا الالتزام به طيلة المدة المحددة ، وان تحديد هذه المدة يستوجب النظر الى العقد بوصفه كلاً واحداً غير قابل للتجزئة ، وبالتالي ، ينبغي ان يكون لفسخه اثر رجعي وليس العكس ، فهذا هو الذي يتفق مع ارادة المتعاقدين فليس صحيحاً اذن تبرير انعدام رجعية آثار الفسخ من خلال القول بان هذا ما يتفق

***************************************************************************

وارادة المتعاقدين . وبالتالي فان افتراض ان طرفي العقد قد فكرا في فسخ العقد في لحظة ابرامهما له هو افتراض ضعيف ،كما ان نظرية الارادة المفترضة عاجزة عن ايجاد تبرير مقنع لرجعية العقد ، فسلطان الارادة وفق المفهوم الحديث يقتصر على انشاء التصرف وتحديد مضمونه ، اما اثره فيرتبه القانون الذي يجعل من التصرف سبباً يقيمه لترتيب ما يدخل في مضمونه من اثار قانونية (٨٥) .

وبالرجوع الى نص المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي يتبين ان فسخ العقد يترتب عليه اعادة الحال الى ما كانت عليه ، فلا يلتزم المتعاقد بتسليم البدل الذي وجب بالعقد وان كان قد سلم يسترد ، كما يتبين ان المشرع العراقي لم يوضح ما اذا كانت هذه القاعدة هي قاعدة مفسرة يمكن مخالفتها واستبعادها باتفاق الطرفين المتعاقدين ام لا . ولكن يستفاد من نص المادة (٢٩٠) من القانون نفسه انه اذا كان العقد معلقاً على شرط فاسخ فان اثره اذا تحقق الشرط يستند الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين ان هذا الاثر يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

وهو ما اشارت اليه (٢٧٠) من القانون المدني المصري من انه اذا تحقق الشرط استند اثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين ان هذا الاثر يكون من وقت تحقق الشرط.

ويتضح من هذا المسلك التشريعي ان القاعدة العامة هي ترتيب اثرالشرط لامن وقت تحققه وإنما من وقت التعاقد وهذا هو ما يبتغيه طرفا العقد فهو لايعدو ان يكون تفسيراً لإرادتهما ، ولكن متى ما تبين ان هذه الارادة لم تتجه الى تحقيق هذا الاثر ، فان الشرط يرتب اثره من وقت تحققه . وان كان جانب من الفقهاء ينتقد جمع اثر فسخ العقد مع اثرالشرط الفاسخ من حيث الحكم ، لأن طريقة عمل الشرط الفاسخ الصريح تختلف عن طريقة عمل الفسخ ، ففي الحالة الاولى ينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى تدخل القاضي لتقرير الفسخ ، اما في الحالة الثانية فلابد من اصدار حكم قضائي بفسخ العقد، كما ان الشرط الفاسخ يتحقق بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه ويؤدي ذلك الى فسخ العقد بينما لايكون الامر كذلك عند فسخ العقد اذ ان الامر يخضع لتقدير المحكمة من حيث اجابة طلب الفسخ او رفضه(٨٦) .

وايدت بعض احكام القضاء الفرنسي الاتجاه الفقهي الذي يجيز للاطراف المتعاقدة استبعاد الاثر الرجعي ، اذ جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية بانه من حق المتعاقدين ان يتفقا على استبعاد الاثر الرجعي لأن الامر يرجع في البدء والمنتهى الى ارادتهما(٨٧) .

وقد ايد الفقيه الفرنسي بلانيول اتجاه القضاء الداعي الى احترام ارادة المتعاقدين وتبرير عدم الرجعية من خلالها ، الا ان الفقهاء هناك يذهبون ، وبحق ، الى ان هذه الارادة يمكن ان يكون لها اثر في استبعاد العمل برجعية العقد من خلال اتفاق المتعاقدين على ذلك ، الا ان هذا الاتفاق ينبغي ان يوجد بالفعل ولايقوم على الافتراض(٨٨) .

كما اقرت محكمة النقض المصرية في العديد من احكامها النزول مقدماً عن الفسخ وما يترتب عليه من اثر على عد النصوص الخاصة به هي من النصوص المكملة او المفسرة ،وبجوزان يكون للفسخ اثر معدوم لكل ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات ،وللمحكمة ان تستخلص نية المتعاقدين من جميع الظروف وا لملبسات ،ولايجوز حرمانهما منه او الحد من نطاقه الا باتفاق صريح . وتطبيقا لذلك يسقط حق البائع في طلب الفسخ اذا تنازل عنه صراحة او ضمنا(٨٩).

ويمكن التسليم مع الرأي الفقهي المؤيد لجواز حق المتعاقدين في التنازل عن رجعية العقد قبل تقرير الفسخ طالما ان الامر مرهوناً بارادتهما شريطة ان يكون هذا التنازل صريحاً لا لبس فيه ولاغموض وان لايكون من شأن هذا التنازل الاضرار بحقوق الغير الذي قد يستفيد من احكام العقد قبل عودته الى حالته السابقة، وكما يقول احد الفقهاء (انه اذا كانت فكرة الاثر الرجعي ليست الا تفسيراً لإرادة الطرفين المتعاقدين ، فكيف يسوغ لهذه الارادة ان تتعدى الى حقوق الغير فتقضي عليها .... ويكون من المستحيل ان تقول بفسخ حق الغيردون الرجوع الى قاعدة قانونية آمرة ، فاين هذه القاعدة ....)(٩٠).

وقد يتقيد الاثر الرجعي لفسخ العقد ايضاً عندما تتدخل ارادة احد الطرفين المتعاقدين فيرتكب خطأ اثناء تنفيذ العقد فيتوقف الاثر الرجعي من تاريخ هذا الخطأ ، إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي انه عندما يقوم المتعاقدان

***************************************************************************************

بتنفيذ التزاماتهما المتبادلة فان العقد ينتج آثاره المعتادة ولكن عندما يتوقف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته فان التزام المتعاقد الآخر يكون بدون سبب يبرره ولذلك يكون من حقه ان يطلب الفسخ ، ففكرة السبب يمكن الأستناد اليها حسب وجهة النظر هذه لأستبعاد الأثر الرجعي للفسخ ، وذلك ان ماتم تنفيذه من العقد يجب الابقاء عليه لوجود سبب يبرره وبالتالي يجب ان يقتصر نطاق الرجعية على ما لم ينفذ من الاداء ات لطرفي العقد (٩١) .

وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية في بعض احكامها الاتجاه الفقهي المتقدم اذ جاء في حكمها الصادر عام ١٩٥٧ ان فسخ العقد الذي شرع في تنفيذه بسبب اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته لايمكن ان يحكم به قضاءً اعتباراً من تاريخ سابق على هذا الاخلال ، وإنما على العكس من ذلك فان العقد ينتهي اعتباراً من هذا التاريخ . وفي حكم آخر صدر عام ١٩٦٣ ذكرت المحكمة ذاتها بشأن فسخ عقد المقاولة ،ان هذا الفسخ ينتج اثاره من اللحظة التي توقف فيها المقاول عن تنفيذ التزاماته (٩٢) .

ولم نجد لهذا الاتجاه الفقهي والقضائي صدى في الفقه والقضاء العربي والعراقي ولكن يتضح لنا مما تقدم ان ارادة المتعاقدين يمكن ان تقيد الاثر الرجعي للفسخ صراحة أو ضمناً وهذا الاستبعاد يمكن ان يكون كلياً او محدداً ، فقد يرجع الى لحظة ابرام العقد او في وقت لاحق عليه عند تحقق التوقف او الامتناع عن التنفيذ من قبل احد الطرفين المتعاقدين ولكن بالمقابل لايمكن تصور اتجاه الارادة المفترضة لأستبعاد هذا الاثر لأن التنازل لايفترض كما قلنا

## الفرع الثاني: انتفاء مصلحة المتعاقدين

لما كانت اثار فسخ العقد ومنها قاعدة الرجعية لاتتعلق بالنظام العام وانما هي مرهونة بتمسك المتعاقدين في تطبيقها ، فانه مما لايدع مجالاً للشك انه متى انتفت مصلحتهما في عدِّ العقد مفسوخاً بأثر رجعي فلا يصار الى اعمال احكامها حينئذ . ويمكن الاستفادة من بعض عبارات الفقهاء المسلمين للقول بانتفاء مصلحة المتعاقدين او احدهما من اعمال الأثر الرجعي لفسخ العقد في بعض الاحيان ، فاذا فسخ عقد المزراعة قبل ظهور أي شئ من الثمر او الزرع فلا يكون لهذا الفسخ اثر رجعي قضاءً فلا يستحق العامل أي شئ وان كان قد كرب الأرض وهيأها للحرث . ففسخ العقد هنا لايظهر اثره الاّ في المستقبل بأنتهاء حكمه لعدم وجود مصلحة للمتعاقدين من فسخه باثر رجعي(٩٣) .

وفي الفقه المدني يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان ما قدمه المتعاقدان من اداءات متبادلة في الفترة السابقة على فسخ العقد اذا كانت متعادلة في قيمتها ، بحيث يكون كل متعاقد قد حصل بالفعل على ما يريده من تنفيذ العقد فلا يوجد عندها أي مصلحة للمتعاقدين او لأحدهما في اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد وتطبيق قاعدة الاثر الرجعي لفسخ العقد(٩٤) .

ونجد تطبيقاً لهذا الرأي في الفقه الاسلامي قبل ذلك اذ يذهب الفقهاء الى انه في عقد الايجار وعقد العمل يجب ان يكون الاجره متساوية خلال اشهر السنة وكذلك اجرة العامل في عقد العمل ، حتى يستحق قدر ما مضى من العقد فالمستأجر يدفع من الاجرة المسماة بقدر ما مضى من الزمان . والعامل يستحق الاجر بقدرما فات من المدة ،فاذا كانت الاجرة مختلفة في عقد الايجار وكذلك في عقد العمل ففي هذه الحالة يجب تطبيق الاثر الرجعي(٩٥). وكذلك الحال في باقي العقودالمستمرةغير محددة المدة اذ يمكن القول بتعادل الأداءات فيها ،فهذه العقود تعطي لأحد المتعاقدين الحق بألغائها بأرادته المنفردة دون حاجة الى حصول موافقة الطرف الآخر،وهذا يدل على ان المتعاقدين قد رضيا بتنفيذ هذا العقد ، لمرة واحدة على الاقل ، ولأي مدة كانت ، ويفيد ايضا حصول تعادل في الأداءات المتبادلة ومن ثم لايمكن القول بوجود امكانية لتطبيق رجعية العقد عند فسخه لأنتفاء الفائدة منه، فلا يحكم القاضي بالرد المتبادل لما تم تنفيذه وان حكم بالفسخ وذلك بسبب تعادل الأداءات التي نفذت بالفعل. ويستندهذاالرأي الى اعتبارات من الواقع التي قد يتصور فيها في بعض الأحيان التعادل بين الأداءات وفي بعض العقود كعقد الأيجار والقرض وعقودالشركات(٩٦). ولكن هذا الرأي تعرض للأنتقاد من جانب من الفقه اذ انه ليس من الضروري ان تكون الأداءات بين الطرفين متعادلة ،ويعطي الفقه المعارض مثالا على ذلك في عقد

*********************************************************************************

الأيجار الذي قد تختلف فيه القيمة الأيجارية بحسب المدة المتفق عليها،فالمؤجر يمكن ان يقبل بقيمة ايجارية منخفضة اذا كانت مدة الأيجار طويلة نسبياً ؛ لأن ذلك من شأنه ان يؤمن له دخلاً ثابتاً لمدة غيرمعقولة،وهذه القيمة ماكان المؤجر ليقبل بها لولا وجود الاتفاق على المدة الطويلة ومن ثم لايمكن عد مادفعه المستأجر في هذا العقد من اداءات جزئية متعادلة في القيمة مع المنفعة التي التزم بها المؤجر بتقديمها الى المستأجر بمقتضى العقد لأن هذا التعادل لايوجد الا بين الأجرة الأجمالية والمدة المتفق عليها،فمسألة التعادل بين الأداءات هي مسالة يقرها القانون وان كان يؤيدها الواقع ، لكن ليس صحيحاً ان نجعل من هذا الواقع مبدأ قانونياً، كذلك ان مايطبق على عقد الأيجار يطبق على بقية العقود الأخرى ؛ لأن في العقد الواحد قد يتحقق التعادل في بعض الأحيان وقد لايتحقق في احيان اخرى فكما ذكرنا ان مقدار الأجرة تأثرت بحساب المدة فأن سعرالفائدة في القرض قد يتأثر نتيجة طول مدة القرض او قصرها،ولهذا ليس من المقبول القول ان نجعل من تعادل الأداءات تعميماً على كافة العقود ونجعل منها سبباً في عدم الرجعية بزعم ان الأداءات التي نفذت قبل وقوع الفسخ كانت متعادلة، الأمر الذي يلحق الضرربأحد المتعاقدين بينما يحقق المتعاقد الآخر في الوقت ذاته نفعاً بلامقابل وهو في الأخير يتنافى مع العدالة ،ويضرب اصحاب هذا الرأي مثالاً مفاده انه في حالة وجود محامي حديث العهد يرغب في تأجير شقة لمدة عشر سنوات ليمارس مهنة المحاماة ،ولما كانت البداية دائماً صعبة ولا يحقق فيها هذا المحامي دخلاً كافياً خلال السنوات الأولى فأنه يتفق مع المؤجر على ان تكون القيمة الأيجارية متدرجة ،ولكن بعد خمس سنوات تم فسخ العقد ،فهل يمكن ان نقول ان الفسخ ليس له اثر رجعي ؟ فأن قلنا انه ليس له اثر رجعي لوجب على المؤجر ان يحتفظ بما قبضه من اجرة وهي اجرة منخفضة بالحال لأن المؤجر ماكان ليقبلها الاّ انه كان يعلم انه سيعوضها في السنوات الخمسة التالية للعقد وبهذا يلحق به الضرر ويحصل المحامي على نفع دون مقابل ،وبالعكس اذا قررنا العمل بالأثرالرجعي للفسخ فأنه يجب اعادة كلا الطرفين الى وضعهما السابق على التعاقد وبالتالي نلزم المؤجر بان يرد للستأجر الأجرة التي حصل عليها خلال السنوات الخمس السابقة على الفسخ على ان يقوم المستأجر بدفع تعويض عن شغله للمكان طيلة هذه المدة ،وهذا التعويض يعادل الأيجار الطبيعي للمكان ومن ثم يكون للمؤجر مصلحة مؤكدة في اعمال الاثر الرجعي للفسخ(٩٧) .

وقد تنتفي مصلحة احد المتعاقدين وهو الدائن في بعض العقود من طلب الفسخ وما يصاحبها من اثر رجعي كما في عقد العلاج الطبي الذي يسمح به المريض للطبيب في المساس بجسده من اجل العلاج ، اذ تنتفي مصلحة الدائن عند فسخ العقد من العودة بهذا العقد الى وقت ابرامه ،فضلاً عن كون رجعية العقد قد تصادف صعوبات عملية اخرى ، فمصلحة الدائن بعد الفسخ تتمثل في الحصول على التعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب اخلال الطبيب بألتزامه(٩٨) .

وقد يكون في احيان اخرى في بعض العقود المستمرة غير محددة المدة كالعقود الواردة على حرية الشخص والتي تعمل على تقييدها وهي عقود مؤقتة بطبيعتها ،فأن انهاء مثل هذه العقود لايعد خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لأن هذا الأنهاء لايعدو ان يكون بمثابة انقضاء طبيعي للعقد بتنفيذه وفقاً للقواعد العامة ،اذ لا نكون امام عقد واحد وانما نكون امام مجموعة من العقود المتعاقبة ينتهي كل منها بتنفيذه ،فالأنهاء هنا يكيف بأنه امتناع عن عقد جديد ولارجعية للعقد الذي تم تنفيذه وليس في ذلك اي خروج عن احكام القواعد العامة (٩٩).

وقد يجد الطرفان المتعاقدان ان مصلحتهما التعاقدية تتمثل في ترك الأثر الرجعي والتمسك بالأثر الفوري عند فسخ العقد في حالة ما اذا كان العقد قد بدأ تنفيذه من جانبهما وترتب على ذلك منفعة لهما فألتزامهما بألرد عند فسخ العقد لايكون مبنياً على الأثر الرجعي وانما من اساس الأثر الفوري،ولهذا فأن التزام المستأجر برد العين المؤجرة لايكون مبنياً على الأثرالرجعي وانما على الأثر الفوري ، وكذلك قد لايرغب الدائن في اعمال الأثر الرجعي متى ما حصل على منفعة من العقد تعادل قيمة الشيء على الرغم من انه يتعذر عملياً هنا ايضاً اعادة المتعاقدين الى مركزهما الأصلي طالما ان الدائن قد انتفع بما اداه المدين فترة من الوقت (١٠٠) .

ومن متطلبات الأثر الرجعي لفسخ العقد ان ترد جميع الثمار تبعاً للشئ محل التصرف الى المالك الحقيقي ،ولكن قد تقتضي مصلحة احدهما الأحتفاظ بهذه الثمار على الرغم مما يترتب على الاثرالرجعي ويراعي القانون هذه المصلحة ، فيقضي بأحقية هذا المتعاقد بالأحتفاظ بالثمار التي قبضها متى كان حسن النية (م١١٦٥مدني

*******************************************************************************

عراقي )، فالمشتري عند فسخ عقد البيع يتملك الثمار رغم التزامه باعادة المعقود عليه الى البائع ، وهذا يعني ان الاثر الرجعي لم يطبق على اعادة الثمار الى البائع ، فاذا كان الاصل هو اعادة الحال الى ما كانت عليه ولكن يرد على هذا الاصل استثناء مراعاة لحسن نية المشتري في مثالنا اعلاه .

وفي هذا المعنى يذهب جانب من الفقه الاسلامي الى ان المشتري يتملك الزوائد المنفصلة غير المتولدة من الاصل ، ولايرد الى البائع الا الأصل فقط بشرط ان يكون المشتري حسن النية وهذا خروج عن الأثر الرجعي ، والذي يقضي بفسخ العقد من اصله أي رد جميع الزوائد من الاصل كما سنرى ذلك تفصيلاً في حينه . ولذلك فان مصلحة احد المتعاقدين هي التي املت هذا الحكم والمتمثلة في صعوبة محاسبته عن هذه الثمار .

وقد تظهر مصلحة احد المتعاقدين كذلك بعدم رجعية العقد في جميع التصرفات المقترنة بشرط المنع من التصرف ،اذ لايتفق الاثر الرجعي مع الغاية التي شرع هذا الشرط من اجلها ، فالبائع تحت شرط عدم التصرف للمشتري ليس له مصلحة في فسخ هذا التصرف لو تصرف المشتري بالمال رغم تحقق شروط شرط المنع من التصرف ؛ لأن اعمال الاثر الرجعي معناه اعادة هذا المال الى ملكية البائع ، وهو لايبتغي هذا من الشرط وانما الذي يبتغيه هو بقاء المال على ذمة المشتري لتحقيق الغاية التي شرع شرط منع التصرف من اجلها(١٠١) .

## المطلب الثاني: القيود العملية على رجعية الفسخ

ان اعمال قاعدة رجعية العقد قد يصادفها بعض العقبات العملية التي تجعل تطبيقها في بعض الحالات امرا غير ممكن وخصوصاً بعد تنفيذ العقد كله او في جزء منه ، اذ يصعب اعادة الحال الى ما كانت عليه في بعض العقود استناداً الى طبيعتها عندما يشكل الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذها ، فلا يتصور ارجاع الزمن الى الوراء بعد ان قطع شوطاً من مسيرته ، وهذا يتحقق في العقود المستمرة او الزمنية ، وقد يتعذر ارجاع الوضع الى ما كان عليه بسبب أكتساب الغير حقاً من العقد الذي تقرر فسخه ، فحماية الغير الذي اطمئن الى هذا العقد وارتضى به تجعل اعادة طرفي العقد أمراً متعذراً لما قد يلحقه من ضرر ، ولأجل توضيح ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الاول طبيعة العقد ونخصص الثاني للمساس بحق الغير .

### الفرع الاول: طبيعة العقد

تنقسم العقود من حيث طبيعتها الى عقود فورية وعقود مستمرة او زمنية .

والعقد الفوري هو العقد الذي لايحتل الزمن عنصراً جوهرياً فيه ولا يكون مقياساً لتقدير الالتزامات والحقوق الناشئة عنه ، ولايقدر به الاداء المعقود عليه كعقد البيع والهبة .

اما العقد الزمني فهو بخلاف ذلك ،اذ يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً من عناصره وبه يقاس وتحدد الآثار الناجمة من هذا العقد كعقد الأيجار والشركة .

وحيث ان طلب الفسخ يقتضي اعادة الطرفين الى حالتهما السابقة للعقد فان ذلك يتعذر في العقد الزمني استناداً الى طبيعته ، فالحكم لايظهر فيه دفعة واحدة لأن اثره يتحدد ساعة بساعة وظهوره يستلزم وجود العنصر الزمني فيه(١٠٢) .

وقد اقر الفقهاء المسلمون عد العقد الزمني او المستمر قيداً على رجعية العقد ايا كان نوعه . وعبروا عن ذلك بأن هذا العقد يكون الفسخ فيها مقتصراً أي ليس له اثر رجعي ، وانما يسري على المستقبل فقط وما مضى يكون على حكم العقد (١٠٣).

بمعنى ان ما مضى من العقد قبل الفسخ يبقى محتفظاً بجميع اثاره من حقوق والتزامات ، ويقتصر حكم الفسخ على ما تحدث من هذه الاثار بعده ، وعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بعبارات متعددة تدل على هذا المعنى المتقدم . ففي عقد الايجار اذا مات العبد في اول مدة الاجارة وقبل مضي شئ منها ، فالاجارة في جميع المدة باطلة وان كان موته بعد مضي مدة منه ، فالاجارة في النصف الباقي من السنة باطلة ، اما النصف الماضي منها فتكون غير فاسدة . ويترتب على ذلك ثبوت الاجرة المسماة بالنسبة الى ما مضى ويرجع منها بالنسبة الى ما بقي .

وكذلك الحكم لو امتنع المؤجر عن تسليم العين المستأجرة او تلفت العين بعد استيفاء منفعتها في بعض المدة فللمستأجر فسخ الاجارة وهنا يرجع بتمام الاجرة لما مضى ودفع اجرة المثل فيما بقي ؛ لأن مقتضى فسخ العقد هو من حينه(١٠٤) . وفي عقد المزراعة اذا حصل الفسخ في الاثناء أي خلال المدة فالزرع يكون مشترك بين الطرفين حسب النسبة بينهما لأن المفروض صحة المعاملة وبقاءها الى حين الفسخ ، وفي عقد المساقاة اذا اخل العامل بتنفيذ التزاماته اثناء مدة العقد جاز لصاحب الارض طلب الفسخ من الحاكم . واذا حكم له بذلك فان العقد ينفسخ في الباقي من العمل دون ما مضى(١٠٥) .

ويعلل الفقهاءالاحكام المتقدم ذكرها بأن المسألة مربوطة بكون ان الفسخ من حينه فيتحقق بالنسبة للمدة الباقية دون الماضية ؛ لأن العقد كان صحيحاً فيه فثبتت اجرة المسماة بالنسبة الى ما مضى ، ويكون الفسخ من حينه حقيقة أي فسخ وحل للعقد بوجوده البقائي لا الحدوثي . فلما كانت المنفعة هي متعلق عقد الايجار متكثرة بكثرة الزمان فهي في كل يوم او شهر غيرها في الشهر الآخر وهذا يؤدي ، لامحال ، الى عدِّ كل جزء مستقل عن الآخر فيكون له تمليك غير تمليك الآخر. فاذا تعدد الوجود تعدد الايجار فيتعدد العقد ، ففسخ بعضها لايلتزم فسخ الآخر(١٠٦). وهذا الذي يقول به الفقهاء المسلمون يقترب من نظرية تعدد العقود التي سنراها في الفقه المدني

وهكذا يتضح ان الفقهاء المسلمين في اغلب آرائهم يميلون الى عدم رجعية الفسخ فيما مضى من العقد الزمني ؛ والسبب كما يبدو من عباراتهم ان ما قبل الفسخ يكون العقد صحيحاً وبالتالي تكون اثاره كذلك صحيحة بين الطرفين ، وهو بخلاف آثار ما بعد الفسخ التي تزول بحكم الفسخ . وهو ما اقره فقهاء القانون المدني في اكثر آرائه ايضاً بانه ليس من الممكن اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إستناداً الى الاختلاف في طبيعة العقود(١٠٧) .

بل ان جانباً من الفقه المدني قد دعا الى ضرورة استبعاد نظام الفسخ اصلاً من نطاق العقود المستمرة فمتى ابرم المتعاقدان عقداً زمنياً فعليهما ان يخضعا لقانون الزمن من حيث كونه نهائياً لايقبل الرجوع عنه ، ومن ثم لاتقبل هذه العقود الا الانهاء بالنسبة للمستقبل فقط ،اما الفسخ بأثر رجعي فهذا مما تأباه طبيعة هذه العقود فجزاء عدم التنفيذ في العقود الزمنية هو الاجل المنهي الذي يتصور أنه في جميع العقود الزمنية محددة المدة ان لها اجلاً متفق عليه بين المتعاقدين والاصل انه تنقضي بحلوله ، واذا اخل احدهما بالتزامه قبل انقضاء هذا الاجل فهنا يكون تعجيلاً بانهاء العقد قبل حلول الاجل المتفق عليه في هذا العقد عن طريق القضاء(١٠٨) .

اما اغلبية الفقهاء فانهم اقروا بوجود الفسخ في العقود المستمرة ولكنهم قصروا اثره على الزمن التالي لحدوثه ؛ لأن هذه العقود وما يرتبط بها من التزامات زمنية يعدُّ الزمن فيها عنصراً جوهرياً وعاملاً اساسياً لتحديد كنهها، فمثلاً اذا كان هناك عقد ايجار لمدة ثلاث سنوات ثم اخل احد المتعاقدين بالتزاماته كأن استعمل المستأجر العين المؤجره بصورة مغايرة للغرض المعد منها او اهمل المؤجر في اجراء الترميمات الضرورية لهذه العين وفسخ العقد بعد سنة ، فان اثر هذا الفسخ يقتصر على المستقبل دون المساس بالاثارالتي تمت سابقاً على اعتبار ان العقد ظل قائماً وموجوداً ومنتجاً لاثاره خلال مدة السنة ، ومن ثم فان للمؤجر ان يقتضي الأجرة عن هذه السنة وله امتياز المؤجر في سبيل استيفائها(١٠٩) .

واذا كان العقد المفسوخ هو عقد عمل واخل احد الطرفين المتعاقدين بالتزاماته كما لو اهمل العامل في عمله ثم فسخ العقد ، فان احكام الفسخ تقتصر على ما بعد النطق بالحكم بفسخ العقد وليس قبل ذلك ، أي يقتصر اثره على المدة الباقية التي اتفق عليها المتعاقدان ابتداءً ، فيستحيل على صاحب العمل ان يعيد الجهد الذي بذله العامل، فآثار هذه العقود تتوزع على الزمن الذي يستغرقه تنفيذها فهناك فترة سابقة على الفسخ واخرى لاحقة عليه والاثار تتوزع على هاتين الفترتين ، وبالتالي فان ما ينقضي من الزمن لايمكن ارجاعه مرة ثانية . ومن ثم تتحصن هذه الاثار ، وبالتالي ، كل ما يمكن هو تدارك الاثار بالنسبة للمستقبل فقط فلا ينقطع المستأجر بالعين ولايستحق المؤجر الاجرة(١١٠) .

ويبدو ان ما دفع الفقهاء الى تبني هذا الرأي يعود الى ان العقود الزمنية تتطلب نوعاً من الاستمرار لأنتاج آثارها من حيث ان طبيعة هذه العقود تقوم على استهلاك المنافع وبطريقة متعاقبة الامر الذي يتعذر معه ارجاع الاطراف الى ما قبل العقد ؛ لأن الزمن في هذا النوع من العقود معقود عليه وما انقضى منه لايمكن الرجوع فيه ،

ويترتب على ذلك ان المدة التي انقضت قبل الفسخ تظل محتفظة بكل صفاتها وآثارها ويعدُّ العقد مفسوخاً من تاريخ الحكم قبل ذلك ، ولهذا فهم يؤسسون هذا الحكم على جملة من النظريات التي اسموها بالمحاولات المستمدة من طبيعة العقود المستمرة لتبرير عدم الرجعية وعلى النحو الآتي :

**أولاً : نظرية تعدد العقود:-** تقوم هذه النظرية على اساس تحليل العقد المستمر الى عدة عقود تتوالى في الزمن ، فكل فترة زمنية يقابلها عقد مستقل ينقضي كل عقد منها من خلال تنفيذه ، فما تم تنفيذه منها لايتأثر بالفسخ ويقتصر اثر هذا الفسخ على تلك التي لاتزال غير منقضية ، فالعقد الذي يتم تنفيذه باداءات شهرية متعاقبة فانه يعد في الحقيقة مكوناً من عدة عقود متعاقبة بقدر عدد الاداءات ، وان كل عقد من هذه العقود يجب من حيث التنفيذ ان ينظر اليه على حدة دون النظر الى العقود السابقة عليه او اللاحقة له(١١١) .

**ثانياً : نظرية تعدد الالتزامات :-**وتقتضي هذه النظرية ان رجعية اثر الفسخ في العقود الزمنية يتحدد بالقول ان العقد الزمني في الواقع هو عقد واحد ولكن ينتج عنه التزامات متعددة تتقابل مع بعضها تقابلاً تاماً متجدداً بتجدد الزمنية التي تؤلف مدة بقاء العقد وان ما تم منها في جانب يقابله ما تم منها في الجانب الآخر ، ولما كان هناك عدة التزامات فلكل التزام خصائصه الذي لايتأثر ولايؤثر بغيره من الألتزامات، ومن ثم يجب ان يقتصر الفسخ على الالتزامات اللاحقة دون ان يمس الالتزامات السابقة التي نفذت . او بعبارة آخرى ان هذه العقود تولد التزامات تتحدد باستمرار دون توقف طيلة مدة العقد (١١٢) .

ويمكن النظر الى هذه النظرية انها لاتبتعد كثيراً عن سابقتها ، فمما لاشك فيه ان الالتزامات المتلاحقة لاتنشأ الا من عقود متعددة وبالتالي لاجدوى من هذا الفصل بين النظريتين

**ثالثاً : نظرية السبب:-**تقضي هذه النظرية انه عندما يفسخ العقد بسبب توقف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته فان التزام المتعاقد الآخر يكون دون سبب يبرره ، ومن ثم فان ما تم تنفيذه من العقد يجب الابقاء عليه ، لأن الاداءات المتبادلة بين المتعاقدين كان لها سبب يبررها وهذا يحتم ان يقتصر أثر الفسخ على مالم ينفذ من الأداءات دون المساس بما تم تنفيذه منها .وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانه في العقد المستمر اذا حكم بفسخه بعد ان تم البدء في تنفيذه فلا يمكن ان يحكم به الا من التاريخ المحدد لأخلال احد المتعاقدين بتنفيذه ولايحكم به من تاريخ سابق على هذا الاخلال ، فلا يقع الفسخ الا من تاريخ توقف احدهما عن الوفاء بالتزاماته (١١٣) .

والى المعنى نفسه ذهبت محكمة التمييز اللبنانية ان دعوى الفسخ اذا قبلت تؤدي الى زوال العقد من تاريخ تلكؤ المستأجر عن الدفع والى الابقاء عليه في الفترة السابقة لذلك التاريخ(١١٤) .

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هذا النوع من الفسخ الذي ليس له اثر رجعي بالغاء أو إنهاء العقود تمييزاً له عن الفسخ العادي الذي يلحق العقود الملزمة للجانبين فورية التنفيذ(١١٥) .

ويعبر جانب من الفقهاء المسلمين المعاصرين عن ذلك انه من المستحسن التمييز في تسمية انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار، فيسمى الحل او الانحلال في حالة الاستناد فسخاً وفي حالة الاقتصار انهاءً(١١٦) .

ولكن اذا كان صحيحاً القول ان العقد المستمر لايفسخ باثر رجعي الا انه يجب ان لايؤدي ذلك الى الخلط بين مصطلحين يختلفان في حقيقتهما من حيث طريق عمل كل منهما وغايته ، فاذا كان كلاهما يعبر عن فسخ العقد لعدم التنفيذ ولايوجد بينهما اختلاف من حيث الطبيعة ، الا أنهما يختلفان من حيث الآثار(١١٧) .

فالفسخ يجد اساسه في اخلال احد المتعاقدين لألتزامه وهو لايتقرر الا بحكم القضاء ، بينما الالغاء هو حق يمنحه المشرع لأحد المتعاقدين تقديراً لأعتبارات معينة ، ويمارسه أحدهما بأرادته المتفردة دون حاجة الى صدور حكم من القضاء ودون حاجة أثبات ان المتعاقد الاخر قد ارتكب خطأ من جانبه .

واذا كان كل من الفسخ والالغاء يؤديان الى إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل مما يقربهما من الناحية العملية الا انه يجب التمييز بينهما ؛ لما يثيره ذلك من لبس وخلط بين نظم قانونية متميزة

فالفسخ يؤدي الى زوال كافة اثار العقد ويمكن ان يؤدي الى المساس بحقوق حسني النية ، اما الالغاء فهو إنهاء للعقد بالنسبة للمستقبل فليس له اثر رجعي وبالتالي لايتصور ان يمس حقوق الغير ، فضلاً عن ان الالغاء نطاقه أوسع من الفسخ فهو يشمل العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد (١١٨) ويمكن القول ان صاحب الرأي

الاخير لم يستطيع ان يقدم تبريراً كافياً للتمييز بين الالغاء وبين الفسخ في العقود المستمرة الذي ذكره غالبية الفقهاء ، فهم قد شبهوا الفسخ في هذا النوع من العقود بالألغاء من حيث الاثر فقط ولم يتطرقوا الى تشابههما من حيث النطاق أو من حيث المصدر فضلاً عن كون كلا منهما يعد حقاً للدائن من خلال النصوص القانونية ، فمن حيث اثارهما ان كلاهما يجعل العقد لامكانة له في المستقبل دون المساس بما مضى . كما ان الفسخ كالألغاء يوفر حماية للغير حسن النية في احوال معينة كما سيأتي، فلا شأن لنا بنطاق عمل الفسخ او الالغاء ولا يكتسب اهمية في موضوعنا ، واما كون الفسخ يقتصر على العقود الملزمة للجانبين فإنما يعود ذلك الى كون الفسخ وجد ليبرر حق الدائن عند توقف المدين عن التزامه لوجود الترابط بين هذه الالتزامات وهذا الترابط مفقود في العقود الملزمة لجانب واحد . فضلاً عن كل ما تقدم ان صاحب هذا الرأي انما يفرق بين الالغاء والفسخ مدعياً بان الفسخ له اثر رجعي دائماً بعكس الالغاء ويعود سبب ذلك الى انه من المعارضين للقول بان الفسخ ليس له اثر رجعي فهو يدعو الى رجعية العقود دائماً عند فسخها واياً كان نوع هذه العقود مستمرة أو فورية .

وعند النظر الى النصوص القانونية التي عالجت اثار الفسخ وما يترتب على ذلك من اثر رجعي لانجد انها تقر صراحة بوجود هذا القيد المانع من الرجعية ،فهي جاءت مطلقة والمفروض انها تسري على جميع العقود أياً كان نوعها ، فالمادة (١٨٠) من القانون العراقي جاءت بعبارات عامة تنطبق على جميع عقود المعاوضة الواردة على الاعيان المالية ،وكذلك عند الرجوع الى المادة (٧٨٢) من القانون نفسه والمتعلقة بفسخ عقد الايجارأذ اشارت الى انه اذا اخل أحد الطرفين بالألتزامات التي يفرضها عليه عقد الايجار كان للطرف الآخر ان يطلب فسخ العقد .ولكن لو نظرنا الى المادة (٨١٣) المتعلقة بفسخ عقد الزراعة فأننا نجد أنها اعطت لصاحب الارض عند الفسخ الخيار بين ان يقسم الزرع عيناً على الشرط المتفق عليه وبين ان يعطي ورثة المزراع عند موته قيمة نصيب مورثهم . وهذا يعني ان مالك الارض في اختياره تقسيم الزرع عيناً يعني انه لم يمس الاثار المترتبة على الزراعة قبل فسخها ، والحكم نفسه يطبق في المادة (٨٣١) الخاصة بعقد المساقاة والمادة (٨٣٣) الخاصة بعقد المغارسة التي اجازت كل منها لرب الارض طلب الفسخ ، واعطت للمغارس طلب بدل المثل عما قام به من اعمال المغارسة، وكذلك المادة (١/٩٨٧) الخاصة بعقد التأمين التي اشارت الى انه يجوز للمؤمن ان يطلب فسخ العقد عند اخلال المؤمن له بالتزاماته على ان تصبح الاقساط التي تم دفعها حقاً خالصاً للمؤمن .

وهذه النصوص تدل على ان المشرع قد حافظ على الاثار المترتبة على هذه العقود قبل فسخها مما يعني انه لم يأخذ برجعية فسخها .وقد اشارت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الى ان فسخ العقد المستمر ليس له اثر رجعي ، ففسخ عقد الايجار لايزيل ما يترتب عليه من الآثار في الماضي لأن المدة التي انتفع بها المستأجر بالعين قبل الفسخ يقابلها ما دفعه من الاجرة ، واذا فسخ العقد المستمر فان حكم القاضي وخلافاً للقواعد العامة لايكون له اثر رجعي(١١٩).

وميزت المادة (٢٣٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني بين الفسخ والالغاء حيث اشارت انه يجوز ان يكون لحل العقد مفعول رجعي فيسمى حينئذ الغاء ( يعني الفسخ حسب مصطلح القانون العراقي ) كما يجوز ان يقتصر مفعوله على المستقبل ويقال حينئذ الفسخ ( يعني الالغاء حسب قانوننا العراقي )، واشارت المادة (٢٤٧) من القانون نفسه ان العقد المنفسخ (الملغي) لاينتهي حكمه الا من تاريخ فسخه (الغائه) ولايشمل هذا الفسخ ما قبله ، فالمفاعيل التي كانت قد انتجها تبقى مكتسبة على وجه نهائي ، وعدت المادة (٢١٢) من القانون المدني الكويتي ومن خلال المادة (٢١٢) العقد المستمر مانعاً او قيداً على تطبيق الرجعية عندما ذكرت بان العقود المستمرة لايكون لفسخها اثر الامن وقت تحققه(١٢٠) .

اما عن موقف القضاء من عدم رجعية العقود المستمرة عند فسخها نجد ان القضاء الفرنسي أنقسم بخصوص هذا الموضوع ،اذ ذهبت بعض احكامه الى الاعتراف بان طبيعة هذه العقود تأبى الاثر الرجعي ومن ثم يجب ان يصار الى انهائها بالنسبة للمستقبل وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها عام ١٩٣٨ وحكمها عام ١٩٧٢(١٢١) .

ولكن من المثير للأنتباه ان القضاء الفرنسي وان أقر بعدم رجعية العقد المستمر عند فسخه قضاءً الا انه لم يقضي بوصفه مفسوخاً من تاريخ صدور الحكم بالفسخ وإنما اشار الى ان الفسخ قد يكون من تاريخ توقف المدين

عن الوفاء بالتزاماته التي يرتبها العقد على عائقه ،او من تاريخ مثول المدين امام القضاء ، أو من تاريخ رفع الدعوى بسبب توقفه عن الوفاء بالتزاماته ، حتى ان من الفقهاء من فسر موقف القضاء هذا بأن للفسخ اثرا محدودا وهو من شأنه ان يحقق العدالة على نحو افضل ويضمن لنظام الفسخ فعاليته ويجنب المتعاقدين الاضرار التي قد تنشأ من بطء اجراءات التقاضي والتي قد تصل الى حد اعتبار دعوى الفسخ لا قيمة لها (١٢٢) . وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية ان توفق بين هذه الاتجاهات القضائية المختلفة عن طريق اعتماد معيار يقضي بعدِّ العقد وحدة متكاملة بنظر المتعاقدين ، وبالتالي ، يؤدي الفسخ الى الغاء الرابطة العقدية ، وان يعدا العقد تقنية لعدة مراحل عقدية منفصلة ،او بعبارة اخرى ان ينفذ العقد على مراحل متعاقبة ، وهنا لايطال الفسخ المراحل التي سبق تنفيذها ولايقتضي الامر ارجاع الاداءات التي سبق الوفاء بها وينهي العقد بالنسبة للمستقبل فقط (١٢٣) . وقد وضعت محكمة النقض المصرية قاعدة عامة مفادها ان نص المادة (١٦٠) من القانون المدني الذي جاء فيه بانه عند فسخ العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد بأنه قطعي الدلالة على الاثر الرجعي ، الا ان المقرربالنسبة لعقود المدة او المستمرة تستعصي بطبيعتها على فكرة الاثر الرجعي لأن الزمن فيه مقصود لذاته بوصفه احد عناصر المحل الذي ينعقد عليه(١٢٤) .

فالعبارات العامة التي صيغ بها هذا الحكم تكشف بوضوح ان نطاق الفسخ يشمل جميع العقود المستمرة كلها ، وبذلك تكون محكمة النقض المصرية قد أقرت مبدأ انعدام الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة .

واكدت هذا المبدأ في بعض العقود منها عقد الايجار، اذ جاء في احد احكامها ان عقد الايجار عقد زمني بطبيعته ، وان فسخه ليس له اثر رجعي ؛ وعلة ذلك ان المدة التي انقضت من العقد تبقى محتفظة بآثارها ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم البات بفسخه لأن العقد الزمني يقصد الزمن لذاته ، فالزمن معقود عليه وما انقضى منه لايمكن الرجوع فيه . وطبقت المبدأ نفسه ايضاً في عقود آخرى كعقد الشركة وعقد التأمين (١٢٥) .

اما القضاء العراقي فهو الآخر اكد وجود هذا القيد على الرغم من عدم صراحة النصوص القانونية، إذ جاء في احد احكام محكمة التمييز الأتحادية ( وحيث ان من شروط الفسخ ان يكون بالامكان اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وان يكون بامكان طالب الفسخ تنفيذ العقد ، وحيث ان عقد الايجار من العقود الزمنية لأن الزمن فيه معقود عليه ، فاذا انقضت مدة الايجار المنصوص عليها أنتهى العقد ولم يعد للفسخ مكاناً بالنسبة له اذ ليس له اثر رجعي وليس بالامكان اعادة الزمن الذي مضى )(١٢٦) . ويبدو ان هذا الحكم يقترب من الرأي القائل بأستبعاد العقود الزمنية من نظام الفسخ ، أصلا ، وليس فقط استبعاد الاثر الرجعي عنها كما مر بنا سابقاً .

واكدت المحكمة ذاتها في حكم آخر على ان ما يخضع له عقد الايجار هو الألغاء او الأنهاء وليس الفسخ ، اذ جاء فيه (ان المدعي قام بأنهاء عقد الايجار ومصادرة بدل ايجار القسط الاول من جراء اخلال المدعى عليه بالتزامه بأستلام المأجور خلال الفترة المنصوص عليها بالعقد )(١٢٧) .

## الفرع الثاني: المساس بحق الغير

اذا كان العقد لاينشئ حقوقاً او التزامات الا بالنسبة لعاقديه ولا ينصرف اثره الى الغيركأصل عام وهو ما يطلق عليه بنسبية اثر العقد من حيث الاشخاص (١٢٨)، الا ان قواعد العدالة وأستقرار المعاملات قد تقتضي الخروج عن هذا الاصل ، وبالتالي ، فقد يتأثر هذا الغير بالعقد المبرم بقاءً وزوالاً او إنتهاءً .

فاذا تم فسخ العقد واقتضت رجعيته زوال كل آثاره منذ البداية بحيث تعد كأن لم تكن ، فألى أي مدى يتأثر الغير بهذا العقد حقوقاً وإلتزامات ؟ بدون شك ان نظرية الاثر الرجعي تحتل مكانة واهمية بين المتعاقدين من الناحية العملية وذلك قد لا يثير نقاشاً اذا كان لايجاوز حريتهما التعاقدية ، كما لو اتفقا في عقد البيع على ان تبقى ثمار المبيع للبائع أو يتملكها المشتري مع العين المبيعة، ولكن الامر الذي يحتاج الى بحث وتمحيص هو تأثر حقوق الغير عند فسخ العقد ، فذلك الذي تردد الفقه والتشريع والقضاء بشأنه(١٢٩) .

والغير قد يكون أجنبياً عن العقد ، وهو الذي لاترتبطه صلة بأحد العاقدين او بمحل العقد وبالتالي لايكون له أي حق فيه . وهو ما يخرج عن نطاق بحثنا . وقد يكون غير اجنبي اذا كان له حق في العقد يخوله الطعن فيه وهذا هو محل بحثنا .

ويقصد بالغيرفي هذا السياق هو كل من تلقى من العقد حقا عينيا معينا على الشى محل العقد (١٣٠) فينصرف هذا المفهوم الى كل شخص له حق يتأثر بوجود العقد أو زواله ، كما في الخلف الخاص للمتعاقد.

فلو كنا بصدد عقد بيع وتسلم المشتري المبيع ثم تصرف فيه الى الغير فهذا الاخير يعد من الاغيار بالنسبة للعقد الاول فمن الطبيعي ان تتأثر مصلحته بهذا العقد ، اذ ان ما يتمتع به من حقوق يرتبط بوجود عقد سلفه(١٣١) .

ولم يتعرض الفقهاء المسلمون لوضع تعريف اصطلاحي للغير مع انهم قد ذكروا هذا المصطلح كثيراً في باب البيع او الوكالة ومنها قولهم ( الاصل ان يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره ) ،وكذلك قولهم ( لأن الوكالة حق للموكل فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق لغيره ) (١٣٢).

واقتصر جانب من الفقهاء المسلمين المحدثين على تعريف الغير بأنه(من لم ينفذ العقد في حقه)(١٣٣).

ويرى جانب من الفقه المدني ان الفقه الاسلامي لايقر بتأثير رجعية العقد على حقوق الغير ، ويبرر ذلك ان العقود يجب ان تكون لازمة على نحو يجبر كل متعاقد بوفاء ما التزم به . وبالتالي فان فسخ العقد ليس من شأنه ان يؤثر على حقوق الغير، ومن يطلب الفسخ من المتعاقدين يرجع على الآخر بالنقصان ان كا(ن له مقتضى(١٣٤).

ولكن يلاحظ انه رغم عدم اهتمام الفقهاء المسلمين بتعريف الغير ، الا انهم بحثوا مدى تأثر الغير بالعقد المفسوخ وأعتبار هذا الاثر مانعاً او قيداً لأعمال رجعية العقد .

فعندهم ان العقد لو انفسخ بسبب العيب وكان المتصرف اليه (المشتري) قد تصرف ثانية في المعقود عليه فانهم فرقوا في الحكم وبين ما اذا كان التصرف هذا يؤدي الى خروج المعقود عليه من ملك المشتري كالبيع والهبه وبين ما اذا كان هذا التصرف لايخرج محل العقد من ملكه كالرهن والاجارة .فبالنسبة للنوع الاول من التصرفات ان كان بعوض كالبيع والهبه بعوض او بدون عوض كالصدقة والهبه بدون عوض فان ذلك يمنع من اعمال الاثر الرجعي مطلقاً باعتبار ان المبيع قد خرج من ملك المشتري وتعلق به حق الغير فاستحال النقل من ملك الى ملك وبالتالي يتعذر رده . وقد ورد في مجمع الانهر بأن البائع يسقط حقه في الاسترداد اذا تصرف المشتري بالمبيع لأنه تعلق به حق العبد ، فالفسخ حق الشرع، وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد الا وغلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى(١٣٥) . اما اذا كان التصرف لايخرج المعقود عليه من ملك المتصرف اليه (المشتري ) كالرهن والاجارة كما قلنا فانها تمنع من تطبيق الاثر الرجعي مدة قيامها فاذا استطاع المتصرف اليه ان يخلصه بما تعلق به ورده الى مالكه كأن فك الرهن او انتهت مدة الاجارة ، فان له ان يفسخ العقد بأثر رجعي. وأستندوا في ذلك الى ان رجوع المعقود عليه لايزال ممكناً الى المتصرف (البائع) في مثل هذه الحالات من التصرف ، كما ان هذه التصرفات لاتؤدي الى خروج المعقود عليه من الملك تماماً، فهي اشبه مالو كانت الاعيان محل التصرف غائبة عنده بموضع لايستطيع الوصول اليه في الوقت الحاضر(١٣٦) .

واذا كانت رجعية العقد بسبب فسخه لاتقتصر على المتعاقدين وانما تسري باثرها على الغير الذي تلقى حقاً من هذا العقد ، فان الملاحظ ان هذه القاعدة لاتطبق في التشريعات المدنية الا بالنسبة للحقوق العينية التي يكتسبها الغير من احد المتعاقدين على العين قبل القضاء بفسخ العقد، وذلك لأن هذه الحقوق دون غيرها هي التي تكون قابلة للأنتقال من شخص الى آخر دون ان تختفي وتضيع معالمها ومميزاتها ، ويستطيع المدعي ان يبحث عنها في ذمة الغير حيث توجد منفصلة عن بقية العناصر التي تتألف منها ذمته المالية ، وبالتالي تعدُّ هذه الحقوق منقضية عند فسخ العقد لا من تاريخ صدور الحكم القضائي بالفسخ بل تعدُّ زائلة من اصلها ولايكون لها وجود قانوني (١٣٧)

وقد حاول الفقهاء تبرير انقضاء الحقوق العينية التي رتبها المتعاقد الذي فسخ سنده ، وبالتالي ، زوالها بالنسبة للغير من خلال التفكير بإيجاد سند قانوني او عقلي او تاريخي لأنسحاب اثر الفسخ الى يوم إبرام العقد .

وقد وجد هؤلاء من القاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأن (سقوط حق الناقل يستتبع سقوط حق المكتسب) ومن القاعدة الفقهية الاسلامية ( ان فاقد الشئ لايعطيه) تبريراً للقول بسريان رجعية العقد بحق الغير ،

*************************************************************************************

لأن معنى ذلك ان الانسان لايستطيع ان ينقل لغيره من الحقوق ما لايملك او اكثر مما يملك أولاً يمكن ان ينقل لغيره الحق الا بالوصف الذي ملكه به ، فاذا كان التصرف قابلاً للزوال فلا يستطيع ان ينقل لغيره الحق الا بهذا الوصف ولهذا يجوز له استرداد ما تم الوفاء به قبل تحقق اسباب زوال التصرف لأنه في وقت الاسترداد لاتكون ذمته مشغولة بحق يحول دون استرداد ما تم الوفاء به (١٣٨) ، وبالتالي فان المتعاقد عند فسخ العقد لا يعدُّ مالكاً للمعقود عليه في أي وقت من الاوقات ، وتصبح ملكية المتعاقد الآخر للعين محل التصرف مستمرة لم تنقطع ابداً ، وهذا هو السبيل لإعادتها اليه خالية من كل الحقوق التي اثقلت بها قبل الحكم بفسخ العقد (١٣٩) .

وتطبيقاً لذلك اذا رتب المشتري في عقد البيع حقوقاً للغير على المبيع سواء بنقل ملكيته ثانياً كالبيع او الهبة او ترتيب حق عيني عليه دون نقل ملكيته سواء كان حقاً عينياً اصلياً كحق المنفعة او كان حقاً عينياً تبعياً كحق الرهن ، فان هذه الحقوق لاتسري في حق البائع الذي يكون له الحق في استرداد المبيع خالياً من كل هذه الصرفات . ومن ثم يستطيع البائع رفع دعواه على المشتري طالباً الحكم بفسخ العقد المبرم معه ، كما يستطيع مقاضاة المتعاقد مع المشتري (الغير) مطالباً اياه برد المبيع لعدم سريان التصرف في حقه ، فاذا زال حق من تصرف بالشئ (المشتري) زال حق من تلقى عنه هذا الشئ (الغير).

وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن رجعية العقد يجب ان يكون لها منطقياً نتائج شديدة الجسامة في نطاق الحكمة القائلة ان الانسان لايستطيع ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك ، فكل الحقوق العينية التي ترتبت يجب ان تختفي (١٤٠) .

ولكن يلاحظ ان من الموضوعات التي اهتم بها الفقهاء والمشرعون هي كيف يمكن إيجاد نوع من الموازنة بين الحماية التي يجب توفرها للمالك بوصفه صاحب سلطة التصرف وحماية الغير الذي تعامل مع غير المالك بسبب فسخ العقد(١٤١) ، فالمصلحة التي يحميها الاثر الرجعي هي مصلحة جديرة بالرعاية وهي مصلحة المالك الحقيقي ، ولكن تقابلها مصلحة الغير الذي يتعامل على اساس ما يستقر من أوضاع ولو الى حين ما دام انه لايمكن ان ينسب اليه اهمال او تقصير، ومن ثم تكون مصلحته هي الراجحة والجديرة بالحماية لكي لا يضيع جهده او وقته في تصرف يفاجئه الزوال بعد اطمئنانه اليه . وهذا يعني انه لى الرغم من مزايا الاثر الرجعي الا ان المشرع وضع على هذه المزايا قيوداً لرعاية مصلحة من يزاحم صاحب الحق في حقه ، فنكون امام وضعين يختلف احدهما عن الآخر ، الاول: وضع واقعي يمثله الغير، والثاني :وضع قانوني ويكون فيه المالك ، وعند التعارض يجب ان يقدم المركز الفعلي او الواقعي على المركز القانوني عند تحقق شروط معينة يحددها المشرع نفسه . ولهذا فان قبول رجعية العقد لاتؤخذ على اطلاقها في العلاقة بين المتصرف والغير فحماية الغير الذي تعامل مع من زالت ملكيته بأثر رجعي يجب ان تكون هدفاً كحماية المالك(١٤٢) .

واذا كنا قد سلمنا انه في احيان كثيرة يجب ان لايتضرر الغير من رجعية العقد، فان التشريعات المدنية قد وضعت تطبيقات عملية تعد في الواقع استثناءً يرد على قاعدة رجعية العقد في حق الغير بسبب الفسخ وأهمها كالآتي :

**أولاً : عقود الادارة المبرمة بحسن نية** :- ويقصد بها تلك العقود التي لاتخرج المال من ذمة صاحبه ، ويقتصر اثرها على ادارته واستقلاله فقط ، ومن اهم صوره عقد الايجار ، فاذا ابرم المتصرف عقد ايجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وكان المستأجر حسن النية وكان العقد ثابت التاريخ ، فان هذا العقد يبقى نافذاً رغم فسخ عقد ملكية من اجراها ، فلا ينفسخ ولاتسترد العين المؤجره من المستأجر قبل نهاية عقد الايجار .

ويدخل في اعمال الادارة ايضاً ، قبض الاجرة وبيع الثمار وقيد الرهن والقسمة وتطهير العقار من الرهن (١٤٣) ، وسبب بقاء هذه العقود رغم فسخ العقد هو انها لاتؤثر في الحقوق التي استقرت نهائياً فيجب ان يكفل لها ما ينبغي من الاستقرار (١٤٤) .

**ثانياً : الحيازة في المنقول سند الملكية** :-وتتمثل بانه اذا كان المعقود عليه منقولاً وقبضه حائز حسن النية بتصرف من احد المتعاقدين فان طالب الفسخ لايستطيع استرداد المنقول من الغير (الحائز) لأن السماح له باسترداد المنقول في مثل هذه الحالة يؤدي الى عدم استقرار المعاملات ، خاصة بعد توافر شروط تطبيق قاعدة

الحيازة في المنقول والمتمثلة بالحيازة والسبب الصحيح وحسن النية ، وتعدُّ الحيازة بحد ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك (١٤٥) .

ولتجنب الاثار الضارة بحق الغير في مثل هذه الحالات اوجب المشرع المصري تسجيل دعوى الفسخ بحيث لايقيد بالاثر الرجعي للفسخ الا في مواجهة اصحاب الحقوق العينية الذين ترتبت حقوقهم بعد تسجيل دعوى الفسخ ، دون أولئك الذين تم ترتيب حقوقهم قبل تسجيل الدعوى حيث لاتأثير للفسخ على حقوقهم ما لم يكونوا سيئي النية (١٤٦).

ومع ذلك فان حماية الغير يجب ان لاتقف عند هذا الحد، اذ يجب اعتبار عقده سنداً كاملاً على الرغم من صدوره من غير مالك وليس فقط سبب صحيح وان قاعدة الاثر الرجعي تعجز عن توفير هذه الحماية الا على سبيل الاستثناء (١٤٧).

## المبحث الثالث: آثار رجعية العقد عند فسخه قضاءً

يؤدي اعمال قاعدة الرجعية عند فسخ العقد قضاءً الى احداث آثار قانونية وعملية هامة ، اذ ان إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد يرتب التزاماً بالرد عند قيام احدهما أو كلاهما بتنفيذ العقد كلاً او جزءً ، فلولا الاعتراف بالاثر الرجعي للفسخ فلا يكون هناك حديث عن نشوء التزام بالرد لمصلحة من قام بتنفيذ التزاماته بمقتضى العقد المفسوخ . وقد يتقرر الحق لأحدهما فضلاً عن طلبه في فسخ العقد الحكم له بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق به بسبب الحكم بالفسخ وحرمانه من مزايا العقد المبرم بينهما اذا ما استحال رد المتعاقدين الى وضعهما السابق. وقد رأينا من المفيد ان نختم بحثنا بدراسة آثار قاعدة الرجعية والمتمثلة برد كل متعاقد ما قبضه بسبب فسخ العقد والزام المتسبب منهما بالضرر بتعويض الطرف الآخر عند مطالبته به .

ولأجل توضيح ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في الاول منهما ، الالتزام بالرد ، ونخصص ثانيهما للألتزام بالتعويض .

### المطلب الاول: الالتزام بالرد

ينشأ الالتزام بالرد كنتيجة طبيعية لإعادة المتعاقدين الى وضعهما السابق على العقد، فقد ذكرنا سابقاً انه في حالة الحكم بفسخ العقد بعد تنفيذه كلاً او جزءً ، فانه يجب ارجاع المتعاقدين الى الحالة السابقة على التعاقد ، مما يرتب التزاماً عليهما او على احدهما برد ما قبضه بسبب هذا العقد بعد ان تبين انه لا يوجد ما يبرر الاحتفاظ بمزايا العقد ، ولكي تلزم هذا المتعاقد او ذاك برد ما قبضه لابد من ايجاد اساس قانوني سليم يستند اليه هذا الالتزام ، فهل يصلح العقد المفسوخ ان يكون اساساً قانونياً للالتزام بالرد او ان هذا الالتزام يحتاج الى اساس آخر خارج عن مضمون هذا العقد ؟ ولتوضيح ما تقدم سنبين في الفرع الاول مضمون الالتزام بالرد ، ونبحث في الفرع الثاني الاساس القانوني للالتزام بالرد .

#### الفرع الاول: مضمون الالتزام بالرد

يعد الالتزام بالرد نتيجة حتمية عند فسخ العقد بسبب ما قلناه بان لهذا الفسخ اثرا رجعيا ، فلا يجوز الاحتفاظ بالمنافع الناشئة من هذا العقد بعد زواله . ولهذا فان الالتزام بالرد يتحدد مضمونه بان هناك منفعة او مالاً مقبوضاً من قبل احد المتعاقدين أو كلاهما، وان المتعاقدين أو احدهما قد بدأ بتنفيذ العقد ، وان هذا العقد قد تقرر فسخه ، فلا يكون هناك ما يبرر للاحتفاظ بهذه المنافع (١٤٨) . ولم يختلف الفقه الاسلامي والمدني كثيراً في تحديد مضمون هذا الالتزام ، فقد اوجب الفقهاء المسلمون ممن عدَّ ان لمعنى الفسخ جعله كأن لم يكن واعادته الى ما كان من قبل ، رد المتعاقدين الى وضعهما السابق (١٤٩) ، ورتبوا على ذلك التزاماً على المتعاقدين بان يرد كل واحد منهما ما اخذه ، فيرد المشتري المبيع ويرد البائع الثمن ان كان قد قبضه ، وفي ذلك يقول النووي( اذا فسخ عقد البيع لزم المشتري رد المبيع ان كان باقياً بحاله) (١٥٠)، ويعبر البهوقي في مقابل ذلك عن التزام البائع برد الثمن بقوله (لأن

******************************************************************************************

المشتري بالفسخ استحق استرجاع جميع الثمن عند رد المبيع فاذا فسخ الحاكم البيع رد البائع الثمن )(١٥١) . وسبب ذلك هو ارتفاع الملك في المبيع مع زوائده وكأنه لا عقد ، والا لم يكن للفسخ اثر فيما مضى، فرجوع كل منهما الى ما دفعه عيناً واجب مع قيامه ، وان استحال الرد العيني وجب الرجوع الى القيمة ان كان قيمياً او الى المثل ان كان مثلياً (١٥٢). ويتحدد التزام الرد بالمعقود عليه وهو الاصل وكذلك كل ما يتصل به من نماء (الزيادة المتصلة) كالسمنة والحمل والحسن والجمال، فيجب ردها مع الاصل لأنها تتبعه في البقاء والزوال ، ولأن الفسخ رفع للعقد فينفسخ في الاصل وينفسخ في الزيادة تبعاً لفسخ الاصل (١٥٣) .

ولكنَّ الفقهاء المسلمين أختلفوا في حكم الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الاصل ، وحكم الزيادة المنفصلة المتولدة منه .

ومثال الاولى كالأجرة وما يوهب الى المعقود عليه أو يوصى له ، ........ الخ .

ومثال الثانية كنتاج الماشية وثمر الشجر والبيض...... الخ .اذ ذهب رأي الى ان المشتري يتملك هذه الزوائد ولا يرد للبائع الاَ الأصل لأنها من توابع ما ملكه بالشراء، فاذا فسخ العقد استرد البائع الأصل دون الثمار (١٥٤). بينما ذهب رأي آخر الى ان هذه الزوائد يجب ردها الى البائع مع الأصل (١٥٥). واستدل اصحاب الرأي الاول بالقاعدة الفقهية (الخراج بالضمان) واصلها حديث نبوي شريف .(١٥٦) والخراج هو الذي يخرج من ملك الانسان ، أي ما ينتج منه من النتاج وما يغله من الغلات(١٥٧) .

ومعنى الضمان هو الانفاق على الاصل لأنتاج هذه الغلة(١٥٨) ، فأقر اصحاب هذا الرأي ملكية الثمار للمشتري استناداً لعموم القاعدة المذكورة ، فذكروا بان من ضمن شيئاً بعقد صحيح ضماناً اختيارياً وانتفع بالمعقود عليه منفعة مستوفاة ، فحينئذ يكون خراجه في مقابل ضمانه . ففي كل موضع يكون الضمان على المشتري فان الخراج يكون له لأنه على استحقاق الخراج على الضمان (١٥٩) . كما استدلوا على الحكم المتقدم من ان هذه الزوائد غير مبيعة ، اصلاً ، لأنعدام ثبوت حكم البيع فيها ، وانما تملكها المشتري بسبب آخر مستقل ومن ثم يحق له تملكها (١٦٠) . وأستند اصحاب الرأي الثاني الى أن الزوائد تكون ملكا للبائع ،لأنه مادام قد زال وجود العقد بسبب الفسخ ، فأن معنى ذلك ان المبيع لازال موجودا في ملك البائع فيسترده مع جميع زوائده ، وهذه الزوائد هي بمثابة جزء من المبيع فتدخل في الرد مع الأصل (١٦١) .

ويرجح الرأي الأول لقوة ادلة اصحابه ،ولأن المبيع لوهلك في ملك المشتري لكان من ضمان المشتري فتكون الفائدة له في مقابلة ذلك.اما البائع فيلتزم برد الثمن الذي قبضه لا أكثر ولاأقل ، فلو اشترطا زيادة عن الثمن الأول او انقص منه فالشرط باطل ، وكذلك يبطل لو سميَا جنسا آخرغير جنس الثمن الأول ، فلا يستحق البائع الاَ الثمن الأول ، لأن جعل العقد كأن لم يكن تطبيقا للأثر الرجعي للفسخ يستلزم رفع العقد بنفس وصفه الذي كان ثابتا فيه من قبل (١٦٢) .

ولضمان الالتزام بالرد أقر الفقه الاسلامي حق كل من الطرفين في حبس ما تحت يده حتى يستوفي ما دفعه الى الآخر ، فالبائع لايسترد المبيع من المشتري بعد الفسخ حى يرد ثمنه أي ثمن المبيع الى المشتري ؛ لأن المبيع مقابلاً له فيصير محبوساً به كالرهن (١٦٣) .

ولم يبتعد فقهاء القانون المدني وشراحه عن ما تقدم ذكره كثيراً ، اذ أوجبوا على كل طرف من اطراف العقد المفسوخ برد عين ما أعطي لا ما يقابله طالما كان ذلك غير مستحيل بحيث يعيدهما الى ذات المركز القانوني السابق على العقد فلا لايثري احدهما على حساب الآخر ، وهذه الأعادة تقتضي ان يقوم كل متعاقد برد ما حصل عليه من اداءات ، فالرد يجب ان يكون متبادلاً ، فلا يعقل ان نلزم احدهما فقط دون الآخر (١٦٤) ، فالمشتري يلتزم برد العين المبيعة للبائع والبائع يلتزم برد ما قبضه من ثمن . وبصورة أكثر وضوحاً يلتزم المشتري برد العين المبيعة اذا كان قد تسلمها ورد الزوائد والثمار الطبيعية والصناعية والمدنية، ويلتزم البائع برد ما قبضه من الثمن وفوائده ، فلا يجوز له ان يجمع بين ثمار المبيع وبين ثمار الثمن ( الفوائد ) ، ويدفع فضلاً عن ذلك مصاريف العقد ومصاريف دعوى الفسخ اذا كان سبب الفسخ خطأه هو وليس خطأ المشتري(١٦٥) .

واذا كنا بصدد عقد ايجار يتعين على المستأجر اعادة العين المؤجرة للمؤجر استناداً الى الاثر الفوري للفسخ ويكون الاثر الرجعي اساس الالتزام برد المنفعة او التعويض عنها من قبل المؤجر الى المستأجر في الحالات التي يؤخذ بها في الرأي القائل بان عقود الايجار تخضع للاثر الرجعي عند فسخها (١٦٦).

ويلتزم البائع برد الثمن من يوم المطالبة القضائية ، ومعنى ذلك ان المشتري يرد ثمرات الشئ من وقت البيع ولا يسترد الفوائد القانونية الا ممن وقت المطالبة القضائية ، وهذا الرد على البائع واجب حتى ولو لم يستثمر الثمن بالفعل او استثمره ولم يحصل على فوائده ، اما المشتري فلا يلتزم برد الثمار الا اذا كان المبيع منتجاً لهذه الثمار ، فاذا لم يكن منتجاً لها فلا الزام علي المشتري بالرد ، فاذا كانت الثمار قائمة تعين ردها للبائع ، واذا كانت قد استهلكت تعين عليه ان يرد ما يقابلها (١٦٧) ، واذا تعلق الامر برد مبلغ نقدي في ذمة المتعاقدين ، فان المقاصة تجري بين الدينين المتقابلين ، وليس هناك الزام بالرد الا بالفرق بينهما ، فاذا كان البائع ملزماً بالثمن والمشتري ملزماً بتعويض البائع عن اتلاف المبيع ، امكن اجراء المقاصة بين الدينين . واذا كان كل من الطرفين المتعاقدين يلتزمان برد ما قبضاه عيناً او نقداً فانه يجوز لأي منهما ان يحبس ما يوجد تحت يديه حتى ينفذ الآخر التزامه بالوفاء، مع الاشارة الى ان هذا الحق في الحبس لايخول أحدهما الحق في تملك ما موجود تحت يده كما ان لايجوز له ان يستعمل حقه في الحبس الا على الالتزام المقابل للآخر فقط ، فاذا كان للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها حتى يوفى له الثمن السابق له تأسيسا على ان التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفعه اليه من الثمن ، فما دام هذا الاخير لم يقم بالتزامه بالرد كان للمشتري ان يمتنع عن التسليم وان يحبس العين ، ولكن ذلك لا يترتب عليه حقه في تملك ثمار المبيع بعد ان اصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ وعليه ان يقدم حسابا عنها للمالك(١٦٨) .

كما ان التزام المشتري برد المبيع بعد فسخ البيع انما يقابله التزام البائع برد ما قبضه من الثمن اما التزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، ومن ثم فان من حق المشتري ان يحبس ما يستحق للبائع من ثمار في ذمته حتى يستوفي منه فوائد ما دفعه من الثمن ، ولكن لا يشكل حق الحبس دفعاً بعدم قبول دعوى البائع بتقدير قيمة الشئ الواجب ردها فتقبل وتقدر الا ان تنفيذ ذلك الحكم يتأثر بحق الحبس فلا ينفذ الا بعد دفع الفوائد(١٦٩) . كما ان حق البائع في الحبس ضماناً لما يستحقه من ثمرات المبيع نتيجة لفسخ العقد انما ينحصر فيما يقابل هذه الثمرات ويرتبط بها من فوائد الثمن المستحقة للمشتري في ذمته (١٧٠) .

واكدت نصوص القانون المدني المتعلقة بالفسخ هذا الالتزام بالرد بصورة صريحة أو ضمنية وصنفته كأثر لرجعية العقد عند فسخه قضاءً ، اذ جاء في المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري انه عند فسخ العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، واوضحت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري معنى هذه العبارة بقولها ( وبهذا يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه .....) (١٧١). وهذه العودة الى الحالة التي كانت قبل العقد تشمل الطرفين المتعاقدين بمقتضى النص المتقدم ذكره فهو يشمل الدائن والمدين معاً ، وبالتالي فان الدائن يلتزم برد ما تسلمه من المدين على الرغم من ان الفسخ وقع بسبب تقصير المدين وتخلفه عن تنفيذ التزامه ، فلا يوجد في هذا النص ما يمنع المدين من حقه في استرداد ما دفعه للدائن(١٧٢) . كما برر الفقهاء حق استرداد المتعاقد للثمار التي انتجها الشئ قبل فسخ العقد إستناداً الى ما ورد في (م٨٠٤) من القانون المدني المصري في ان لمالك الشئ الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقات (١٧٣). وجاء في الفصل (٣٣٦) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية حكماً شبيهاً لما تقدم من ان فسخ الألتزام يعيد الطرفين الى ما كانا عليه عند التعاقد . ويجب على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه . وأوردت المادة (٢١١) من القانون المدني الكويتي ايضاً ما يفيد وجوب عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها عند إبرام العقد . وكذلك ما ورد في المادة (٢٧٤) من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة (١٧٤)

والحال لايختلف في القانون المدني العراقي ان لم يكن أكثر وضوحاً في التأكيد على مضمون هذا الالتزام ، فبمقتضى نص المادة (١٨٠) منه يجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد لسقوط جميع

الالتزامات المترتبة على العقد المفسوخ ، ويترتب على هذه العودة ان كل ما تم تسليمه من بدل يجب رده وان لم يكن قد سلم فلا يكون هناك التزام بالتسليم .

وحكم هذا النص لا يحتاج الى ايضاح اكثر لأنه لم يخرج عن ما تقدم ذكره من بيان معنى الالتزام بالرد ومضمونه . وفي قضية عرضت امام القضاء الفرنسي تتعلق بعقود الدعاية والاعلان ، وفيها تعاقد متسابق سيارات مع احدى الشركات على ان يضع شعارها على ملابسه الخاصة بالسباق خلال موسم رياضي معين مقابل حصوله على دعم مالي مقدم اليه مقسماً على عدد من الاقساط الشهرية ، وبسبب عدم احترام المتسابق لشروط العقد مما ادى الى توتر العلاقة بين المتعاقدين رفضت الشركة تقديم الدعم المالي بسبب ذلك وطالبت بفسخ العقد ورد المبالغ التي حصل عليها المتاسبق ،وقد حكمت المحكمة بفسخ العقد والزام المتسابق برد ما قبضه من هذه المبالغ (١٧٥) . وهكذا عبرت المحكمة عن هذا الالتزام بعبارات واضحة لا تحتمل الشك او التأويل . فعندما يفسخ عقد وفقاً لنص المادة (١١٨٣) مدني فرنسي يجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ويجب بالتالي رد الاداءات التي نفذت طالما ان المتعاقد الذي تلقاها لم يقدم مقابلاً ها . وعبرت المحاكم الفرنسية ايضاً عن موقفها في ان فسخ العقد لايؤدي الى رد الشئ الى المتعاقد الآخر فقط وإنما يجب ان يشمل الرد ثمار الشئ ايضاً(١٧٦) .

وفي السياق نفسه سار اتجاه القضاء المصري في الزام كل طرف من اطراف العقد المفسوخ برد عين ما اعطى لا ما يقابله ما دام ذلك ممكناً ، فالحكم بفسخ عقد البيع اثره استرداد المشتري ما دفعه وأسترداد البائع المبيع وثماره دون ان يتوقف ذلك على طلب من المشتري بأسترداد الثمن (١٧٧) ، فاذا تبين ان الطاعن تسلم من المطعون عليه بموجب العقد مبلغ عشرين الف جنيه وقضى بفسخ العقد لإخلال الطاعن بالتزامه بالتسليم ، فاذا خالف الحكم المطعون فيه وقضى بالزام الطاعن بسداد مبلغ ٦٠٦٦٤,٢٥ دولار فانه يكون معيباً بما يوجب نقضه (١٧٨) .

وبالمقابل يحق للمطعون ضده استرداد ما دفعه الى الطاعن من مبالغ وبذات العملة المسددة بها أي بالدولار الامريكي وليس بما يعادلها من العملة المحلية ولايكون هناك حاجة الى بيان سعر الصرف الذي يتم على اساسه تحويل المبلغ المقضي به الى العملة المحلية ؛ لأن محل الالتزام هو ذات العملة الاجنبية وليس ما يقابلها (١٧٩) .

كما ان التزام المشتري برد العقار المبيع بعد فسخ البيع انما يقابله التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وان التزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة يقابله التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن(١٨٠).

ولم يبتعد القضاء العراقي عن الاتجاهات القضائية السابقة حيث ذهب في كثير من قراراته الى حق المدعي استرداد ما دفعه على حساب العقد وتنفيذه ، وان طلب الفسخ يقتضي اعادة الطرفين الى حالتهما السابقة للعقد واسترجاع البائع للمبيع من المشتري واسترداد المشتري الثمن من البائع (١٨١). فاذا فسخ عقد الايجار المبرم بين المدعي والمدعى عليه فان المدعى عليه يلزم بتخلية المحل وتسليمه للمدعي خالياً من الشواغل(١٨٢) .

وجاء في قرار آخر (وحيث ان البلدية لم تنفذ بنود العقد لتسليم القطعة الى المستأجر ولمضي مدة طويلة على توقيع العقد وان المدعى عليه ممتنع عن تسليم القطعة ، فان ذلك يستوجب فسخ العقد واعادة الوضع الى ما كان عليه سابقاً بسبب عدم تنفيذ بنود العقد واعادة المبالغ المستلمة من قبل المدعى عليه ) (١٨٣) .

ولكن ليس للمتعاقد طلب استرداد ما دفعه بحجة عدم تنفيذ الطرف الآخر للعقد ما دام لم يطلب فسخ العقد(١٨٤).

## الفرع الثاني: اساس الالتزام بالرد

اذا كان كل من المتعاقدين ، وفق التصوير المتقدم ، ملزماً برد ما قبضه أثر فسخ العقد على اعتبار ان الأستمرار في الاحتفاظ به يعد خطأ يوجب المسؤولية ، واذا كانت كل دعوى فسخ تتضمن هذا الالتزام وان لم يرد فيها تصريح بذلك ، الا ان التساؤل الذي يطرح بالحاح يتعلق بالاساس القانوني لهذا الالتزام ، لأن بحث هذا الاساس لا يخلومن الأهمية لأن مدى هذا الالتزام قد يتسع ويضيق وفقاً للأساس الذي يبنى عليه.

ان الامر الذي لاجدال فيه هو ان العقد بعد فسخه لايمكن ان يبقى سبباً لأحتفاظ كل من المتعاقدين ما قبضه من المتعاقد الآخر، فاذا سلمنا بأن الالتزام بالرد لايمكن ان يكون التزاماً عقدياً بعد فسخ العقد بسبب واضح هو ان العقد قد انحل وزال ،الا ان ذلك التبرير لايكفي اذ لابد من ان تتلمس سنداً قانونياً يمكن من خلاله التزام المتعاقدين او احدهما برد ما قبضه

وفي هذا السياق ذهب جانب من الفقه المدني الى ان علاقة أحد المتعاقدين بالآخر بعد فسخ العقد تجد سندها في الحيازة ، أي ان كل منهما يعد حائزاً بالنسبة للآخر ، ورتبوا على هذه العلاقة الاثار ذاتها التي تترتب على من حاز شيئاً ثم تبين انه ليس مملوكاً له سواء من حيث مدى الالتزام بالرد او تحمل مسؤولية الهلاك ، وفرقوا في الحكم بين ما اذا كان الحائز حسن النية ام سيئ النية ، فالأول هو ان من تسلم الشيء يعتقد انه تسلم ما هو مستحق له ، ويجهل عند القبض انه انما يقبض شيئاً غير مستحق له ، والثاني هو ان القابض يعلم عند القبض انه انما يقبض شيئاً غير مستحق له (١٨٥) .

ويبدو ان هذا التمييز بين الحائز حسن النية أو سيء النية لا يؤثر على الالتزام برد اصل المعقود عليه ان كان قائماً ، فكلاهما يتحمل بهذا الالتزام ، فاذا كان الشيء من الاشياء المثلية او من النقود وجب رد القدر الذي تسلمه ، واذا كان الشيء من الاشياء المعينة بالذات فانه يلتزم برده بالذات ما دام قائماً في يده ، ولكن الامر ليس كذلك في حالة الالتزام بتملك الثمار او رد المصاريف وتحمل تبعة الهلاك وما قد يقترن بذلك ايضاً اقامة بناء او محدثات على الشيء ان كان عقاراً .

فاذا كان الحائز حسن النية فانه يتملك جميع الزوائد والمنافع التي قبضها مدة حيازتة وفي ذلك نصت المادة (٩٧٨) من القانون المدني المصري (يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية.....) وهو الحكم ذاته الذي أورده المشرع العراقي في القانون المدني اذ جاء في المادة (١١٦٥)منه بانه ( يتملك الحائز حسن النية ما يقبضه من زوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته ) اما اذا كان الحائز سيء النية فانه يلتزم فضلاً عن ذلك برد الفوائد والارباح التي قبضها او تلك التي اهمل او قصر في قبضها من الشيء الذي تسلمه من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية وعبرت عن ذلك المادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية بقولها ( اذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية ) ، اما بالنسبة للمصروفات التي تم انفاقها من قبل احد المتعاقدين فانه يجوز له المطالبة بأستردادها اذا كانت تلك المصاريف ضرورية او اضطرارية ويستوي في ذلك الحائز حسن النية او سيء النية طالما كانت هذه المصاريف غير اعتيادية ويضطر الحائز الى انفاقها لحفظ العين من الهلاك (م ١/١١٦٧).

اما اذا كانت تلك المصروفات هي مصروفات نافعة وهي التي لا تنفق لدفع الهلاك عن الشيء وانما تزيد في قيمته او منفعته فيسري عليها احكام الالتصاق ، التي تقضي بان يلزم الحائز بقلع جميع ما انفقه ان كان ذلك لا يضر بالشيء اما اذا كان قلعها مضراً ، فان المالك يتملك ما احدثه الحائز بقيمتها مستحقه للقلع ان كان سيء النية ، واما لو كان ما تقدم قد صدر من الحائز حسن النية فتنطبق هنا قاعدة الاقل يتبع الاكثر بحيث يتملك الحائز الشيء بقيمته ان كان ما انفقه اكثر قيمة من الشيء ويتملك المالك ما احدثه الحائز بقيمتها ان كان قيمة الشيء هي الاكبر.(١١٩_١١٢٠مدني عراقي) واذا كانت المصروفات كمالية وهي التي تنفق لأغراض الزينة او التمتع الشخصي فليس للحائز شيء منها ، فان اراد قلع ما احدثه شرط ان يعيد الشيء الى حالته الاولى مالم يختار المالك الابقاء عليها نظير دفع قيمتها مستحقة القلع.(١١٦٧ /٣ مدني عراقي)

وعند هلاك المعقود عليه فان الحائز متى كان حسن النية فانه لايكون مسؤولاً عن هذا الهلاك لأنه استعمله وفقاً لما يحسبه انه حقاً له وحتى لو هلك بتقصير منه ، ولكن متى ما عادت عليه فائدة بسبب هذا الهلاك كتعويض التزم به الغير او مبلغ التأمين ان كان الشيء مؤمناً عليه فيجب على الحائز ان يرد ما قبضه بسبب الهلاك الى المالك .(٩٨٣ مدني مصري) ، ولم يرد في القانون المدني العراقي نصاً يقابل النص المصري المذكور ولكن هذا الحكم يستفاد من القواعد العامة من جهة ومن مفهوم المخالفة للمادة (١١٦٨) منه من جهة اخرى(١٨٦).

اما اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولاً على هلاك الشيء او ضياعه او تلفه حتى وان كان الهلاك بسبب اجنبي ما لم يثبت الحائز بان الشيء كان سيهلك لو بقي في يد مالكه . (م ١١٦٨ مدني عراقي و م٩٨٤ مدني مصري).

وهكذا تبين لنا ان الالتزام بالرد يختلف مداه بحسب ما اذا كان الحائز حسن النية او سيء النية وعلى افتراض ان كل من المتعاقدين اصبح بحكم الحائز في مواجهة الآخر بعد فسخ العقد ، الآ ان ما تقدم ذكره لايسلم به اغلبية الفقهاء اذ استبعدو تطبيق احكام الحيازة في العلاقة بين اطراف الفسخ للتمسك بتملك المعقود عليه وعدم رده ، فالحيازة سبب مستقل وان كل من الطرفين يخضعان في علاقتهما الى وجود سند ومن ثم لايجوز لأحدهما ان يتملك خلاف سنده ، فالحيازة لم تكن موجودة قبل الفسخ ، وهي وان وجدت بعده فهي لا تكون الا حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية ، ولكي تكون كذلك يجب ان يعارض الحائز المالك في ملكه صراحة بان يمتنع عن الرد بوصفه صاحب الحق ، ومن هذا الوقت فقط تصلح الحيازة ان تكون سبباً للتملك ، ولايمكن الحديث عن الحيازة السابقة وامكانية اضافتها الى حيازته الحالية ، حتى لو سلمنا بأن الحيازة السابقة على التصرف الذي نقل الملكية اليه قبل فسخ العقد هي حيازة قانونية الا انها قد انقطعت بسبب اقراره بملكية المتصرف عندما تلقى منه التصرف المفسوخ (١٨٧) .

ويترتب على القول المتقدم نتائج عدة منها انه لايجوز لأحد المتعاقدين الادعاء بتمليك المعقود عليه بالتقادم ويتخذ ذلك سببا للأمتناع عن الرد ، كما يجب عليه ان يرد جميع الثمار او قيمتها حتى وان كان حسن النية وقت قبضها ، وبالمقابل من حقه ان يسترد جميع ما انفقه من مصروفات ولو كانت تلك المصروفات كمالية ، كما يجب استبعاد احكام الالتصاق بينهما . ولايجوز للدائن في حالة الفسخ ان يدعي بانه تملك ما قبضه من ثمار بحسن نية ؛ لأنه اذا كان سبب الفسخ من جانبه وصف بانه كان عالماً بقابلية العقد للفسخ وانتفى بذلك حسن نيته في قبض الثمار، واذا كان الفسخ بناء على طلبه أي بسبب اخلال المدين وصف انه بهذا الطلب قبل ان يعيد الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد بما في ذلك رد الثمار التي حصلها بسبب العقد ومن ثم لايمكنه تملكها ايضاً . وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية الى عدم الاعتراف للمشتري بالحق في تملك ثمار المبيع وعللت ذلك انه بالفسخ اصبحت هذه الثمار من حق مالك العين ، واذا كان من حق المشتري التمسك بقاعدة واضع اليد حسن النية في تملك الثمار التي استولى عليها قبل رفع دعوى الفسخ فان هذا التحدي من المشتري لا يكون له محل بالنسبة للثمار التي قبضها بعد رفع الدعوى (١٨٨) .

ولكن يلاحظ من الحكم المتقدم ان محكمة النقض المصرية وان اقرت عدم احقية تملك المشتري للثمار بوصفها ملكاً للبائع الا انها عللت حكمها بعدم تملك المشتري لهذه الثمار بسبب صيرورته سيء النية بعد رفع الدعوى عليه من قبل البائع ، وهذا يعني انها طبقت احكام الحيازة وعدت المشتري حائزاً بالنسبة للبائع وهو ما يتعارض مع اتجاه الفقهي المتقدم .

ان استبعاد احكام الحيازة في العلاقة بين الطرفين المتعاقدين عند فسخ العقد المبرم بينهما دفع الى القول بان دعوى الدائن في الاسترداد هي دعوى شخصية قوامها تسلم غير المستحق (١٨٩) ، وهو تطبيق من تطبيقات الكسب دون سبب ويسمى ايضاً بقبض غير المستحق الوارد في المادة (١٣٧٦) من القانون المدني الفرنسي ودفع غير المستحق الذي ورد في المادة (١٨١) من القانون المدني المصري او المدفوع دون حق كما ورد في المادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي . وأياً كانت تسمية هذه الدعوى فانها عدت اساساً قانونياً للالتزام بالرد ، ويتحدد مضمونها بحق استرداد ما دفعه الشخص ما ليس واجباً في ذمته ودون أن يكون هناك قصد للتبرع وذلك لمنع من قبض غير المستحق ان يثري على حساب الدافع دون حق ، فمتى ما تقرر فسخ العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها قبل العقد لما يترتب على انحلال العقد من زوال سبب التزام كل متعاقد ، فيصبح ما تسلمه كل منهما غير مستحق له مما يوجب عليه رده لمن يستحقه وهو المتعاقد الآخر ، ولا يجوز الرد لغيره حتى لو كان الغير هو الذي قام بتسليم الشيء اذ يكون التسليم في هذه الحالة قد تم لحساب المتعاقد(١٩٠) .

وبهذا المعنى نصت المادة (١/٢٢٣) من القانون المدني العراقي (من دفع شيئاً ظاناً انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق ) .

وايد القضاء في بعض احكامه هذا الاساس للالتزام برد المقبوض دون وجه حق وفي عقود كثيرة ، اذ اكدت محكمة النقض الفرنسية بانه في الحالات التي يتعين فيها رد طرفي العقد الى الحالة التي كان عليها قبل تنفيذه فيتعين على كل منهما رد ما تسلمه والفائدة التي عادت على كل منهما تسلمه تطبيقاً لقواعد الاثراء بلا سبب (١٩١) .

وجاء في بعض احكام محكمة التمييز الاتحادية ما يفيد تبني هذا الاساس فقد بينت في احد قراراتها ، بما ان المدعي قد دفع مبلغ اربعة ملايين دينار على سبيل العربون فان المدعي قد دفع المبلغ دون حق فوجب له الرجوع بالمبلغ على المدعى عليه لزوال السبب الذي من اجله دفع المبلغ استناداً لأحكام المدفوع دون حق . كما قضت في قرار آخر ( حيث ان الحكم المميز الذي قضى باعادة ما قبضه المميز عليه من المبالغ المحكوم بها عليه عليه جاء صحيحاً وينطبق مع مقتضيات المادة (٢٣٣) من القانون المدني )(١٩٢).

ومن الجدير بالاشارة الى ان من استبعد تطبيق احكام الحيازة في العلاقة بين المتعاقدين بعد فسخ العقد وما يترتب عليها من آثار متعلقة بامكانية التمسك بالتقادم المكسب واعادة جميع الثمار والمصاريف ، قد اسس طلب الاسترداد على اساس من تسلم غير المستحق او بعبارة اعمم على اساس الكسب دون سبب الذي يبرر عدم احتفاظ كل من المتعاقدين بثمرات الشيء الذي قبضه ، ومعنى ذلك انه يفهم من عباراتهم بان الحيازة لا يمكن ان تكون سبباً للاحتفاظ بما تسلمه ، وبالتالي ، تملكه ولا تكون سبباً للاحتفاظ بالثمار بعد فسخ العقد . ولكن يمكن القول انه بعد فسخ العقد لايوجد ما يبرر من عدم عد احد المتعاقدين حائزاً لما قبضه وان كان حائزاً عرضياً ويمكن لهذه الحيازة العرضية ان تتحول الى حيازة قانونية بالطرق المعروفة ، وبالتالي ، يمكن ان تؤدي الى تطبيق احكام التقادم المكسب وهذا ما اقره اصحاب الرأي المتقدم نفسه(١٩٣) .

اما في عدم اعتبارالحيازة سبباً للاحتفاظ بثمرات الشيء ورد جميع المصاريف ، فقد تبين لنا ان هذا الجانب الفقهي قد أنكر ايضاً احتفاظ احد الطرفين بالثمار واعترف بحقه في المطالبة بجميع المصاريف اياً كان نوعها . وأستند في طلب الرد على قاعدة دفع غير المستحق .

ولكن بالرجوع الى النصوص القانونية التي نظمت احكام المدفوع دون حق تبين لنا انها قد ميزت بين من كان حسن النية او سيئها لغرض تحديد مضمون ما يجب رده ، فاذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلزم ان يرد الا ما سلم بخلاف لو كان سيء النية فيلزم برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء من يوم تسلمه اياه او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية . وهذا يعني ان المشرع نفسه لم يضع حكماً واحداً لما يجب رده وبالتالي فان مدى الالتزام بالرد يختلف باختلاف حال القابض لغير المستحق . فضلاً عن ذلك ان من الفقهاء ممن دعا الى تطبيق قواعد دفع غير المستحق قد اشار صراحة الى احكام الحيازة بحسن نية وما يترتب عليها من تملك الحائز حسن النية لما يقبضه من زوائد وما يستوفيه من منافع مدة حيازته (١٩٤).

كما ان من استبعد الحيازة كاساس للمطالبة بالاسترداد ايد رأيه بما اورد القضاء من احكام تفيد بعدم تملك المشتري لثمار المبيع بعد ان اصبحت من حق مالك العين .

ولكن نفس هذه الاحكام اشارت الى ان تمسك المشتري بقاعدة تملك الثمار بالقبض لا يكون له محل بالنسبة للثمار التي تم قبضها بعد رفع البائع كما اشرنا الى ذلك سابقاً .

ومفهوم المخالفة ان هذا الحكم قد سلم بأحقية تملك المشتري للثمار قبل رفع دعوى البائع الذي اصبح بعدها سيء النية ومن ثم يجب تطبيق النصوص المقررة للحيازة .

ان الحل السليم في ايجاد اساس قانوني للالتزام بالرد هو تطبيق النص القانوني الذي اوجب رد ما تم تسليمه عند فسخ العقد ، فلا يوجد ما يبرر من تطبيق نصوص حكم المدفوع دون حق مع وجود نص قانوني واضح يلزم برد ما تم تسليمه عند فسخ العقد وهذا يعكس رغبة المشرع في تطبيق هذا النص على كل ما يندرج تحت حكمه والا اصبح وجود النص عبثاً مع امكانية تطبيق القواعد العامة . واذا ما سلمنا بهذا الاساس القانوني واستبعدنا ما دونه من نصوص فانه يمكن القضاء على الخلاف الفقهي الذي يدور حول تطبيق او عدم تطبيق قواعد الحيازة او المدفوع دون حق في العلاقة بين اطراف العقد المفسوخ ، فضلاً عن ان التمسك بتطبيق احكام الفسخ يؤيد ما اشار اليه جانب من الفقه من ان المشرع لم يشأ ان يأخذ بما اورد في العقد الباطل من ان التزام ناقص الاهلية بالرد عند ابطال عقده يتحدد فقط بما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (١٩٥) ، وهذا يدل على ان الاساس القانوني

الصحيح للالتزام بالرد يتحدد بالنص القانوني الذي كرس هذا الالتزام بالرد ومتى ما تم اعماله فلا داعي لتطبيق احكام الحيازة او المدفوع دون حق او الاستعانة ببعض قواعد البطلان وبالتالي فان من تسلم شيئاً بموجب العقد المفسوخ وجب عليه رده مع ضرورة ان يشتمل هذا الالتزام بالرد اصل المعقود عليه وملحقاته وفوائده .

ويؤكد كلامنا المتقدم ما ذهب اليه القضاء المصري في بعض احكامه بخصوص عقد البيع من ان نص المادة (١٦٠) من القانون المدني يدل على انحلال العقد بأثر رجعي عند فسخه بحيث تعود العين المبيعة الى البائع وان يرد الى المشتري ما دفعه من الثمن (١٩٦) .

## المطلب الثاني: الألتزام بالتعويض

ان الحكم بفسخ العقد يفسح المجال امام كلا المتعاقدين بالمطالبة باسترداد ما دفعه بمقتضى العقد المفسوخ ، وقد يتحقق ذلك فيلزم كل متعاقد برد ما قبضه وينتهي الامر على النحو الذي بيناه سابقاً . ولكن قد يتعذر في احيان اخرى رد المتعاقدين لأسباب تتعلق بطبيعة الاداءات بحيث تكون امام ما يسمى باستحالة في الرد ، مما يتطلب الحكم بالتعويض بما يعادل قيمة هذه الاداءات ، من جانب آخر قد يلحق باحد المتعاقدين ضرر بسبب فسخ العقد لما فات عليه من منافع كان ينتظر تحقيقها قبل الحكم بالفسخ الامر الذي يجيز له المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر . ولغرض بيان الالتزام بالتعويض في كلا الحالتين المتقدم ذكرهما سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في اولهما التعويض عن استحالة الرد ، وفي ثانيهما نبحث التعويض عن الاضرار المترتبة على فسخ العقد .

### الفرع الاول: التعويض عن استحالة الرد

اذا كان الوضع المعتاد بعد الحكم بالفسخ هو اعادة المتعاقدين الى الحالة السابقة على العقد بان يرد كل منهما للآخر عين ما قبضه ، الا انه قد يستحيل في بعض الاحيان الرد العيني بذات الاداءات التي نفذت ، فهنا لابد من اللجوء الى الرد بمقابل ، وهو ممكن دائماً في كل الظروف ويتفق مع الغاية من الاثر الرجعي للفسخ وهي ضمان عدم اثراء احد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر، وهذه الغاية يمكن بلوغها اذا حصل كل متعاقد على حقوق مماثلة لتلك التي كانت له قبل فسخ العقد (١٩٧) .

ومن قبيل الحالات الي يتعذر فيها اعادة المتعاقدين وارجاعهما الى حالتهما السابقة مثلاً هلاك المعقود عليه او تعييه او صعوبة رده الى صاحبه لتعلق حق الغير به ، فمن الجائز هنا ان تجد المحكمة بما تملكه من سلطة تقديرية من الحلول التي تعيد التوازن للمراكز الاقتصادية لأطراف العقد كالحكم بالتعويض او استبدال الشيء المعقود عليه بآخر ان كان من المثليات التي لها مقابل في السوق(١٩٨). فلا ينكر ان اعادة المتعاقدين في مثل هذه الفروض مستحيلة من الناحية المادية او الواقعية ، فكل ما حدث في الماضي يستحيل الرجوع فيه ، لأن لكل حدث مكان وزمان ، واذا كان بمقدورنا اعادة الحدث في ذات المكان الا انه يتعذر اعادته في ذات الزمان اذا مرَّ ، وحتى لو امكن رد الاداءات نفسها التي نفذت الا ان تنفيذها كان في وقت مغاير لذلك الوقت الذي ردت فيه ، ولذلك فان المشتري يلزم برد المبيع والثمار والبائع يلزم برد الثمن وفوائده.

ولم تغب هذه الفكرة عن الفقهاء المسلمين ، اذ انهم رتبوا على فسخ العقد إعادة المتعاقدين الى وضعهما السابق ، ورد كل منهما ما قبضه ، فان استحال بسبب التلف مثلاً يلزم برد مثله ان كان مثلياً او قيمته السوقية ان كان قيمياً (١٩٩) .

وطبقوا ذلك في عقود متعددة كالبيع حيث يلتزم المشتري برد قيمة المبيع ، وفي عقد السلم ايضا يرجع المسلم الى رأس مال السلم ، فان كان باقياً اخذه ، وان كان تالفاً رجع الى مثله ان كان له مثل وان كان لا مثل له رجع الى قيمته (٢٠٠) .

واذا كان يتعذر من الناحية المادية اعادة المتعاقدين على النحو الذي ذكرناه ، الاّ ان اعادتهما من الناحية القانونية ممكنة وعلى النحو الذي نجعلهما في ذات المركز القانوني السابق على التعاقد فلايغبن احدهما نتيجة للعقد الذي فسخ ، وهكذا نصل الى نتيجة ان الرد العيني ليس غاية في ذاته وانما هو وسيلة لإعادة الاوضاع القانونية

الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، فاذا تعذر الرد العيني او استحال فانه يمكن الاستعاضة عنه بتقدير قيمة الاداء الذي يلتزم المتعاقد برده او مقدار ما استهلك او استثمر اوأي خدمة ادَيت اذا لم يكن الطرف الآخرقد استوفى ما يقابلها .

ومن هنا فان حكم المحكمة بالتعويض يكون في جميع الحالات التي يستحيل على المتعاقد فيها رد ما قبضه . والواقع ان هذه الأستحالة في الرد كانت هي الحجة الأساسية التي استند إليها الفقهاء المعارضون لرجعية آثار الفسخ في العقود المستمرة ، لأن ما أنقضى من الزمن في هذه العقود لايمكن رده مما يؤدي إلى عد هذا النوع من العقود تنفسخ من وقت الحكم النهائي بالفسخ وليس قبل ذلك(٢٠١) .

الا ان غالبية الفقهاء يذهبون الى ان استحالة الرد ليست بمانع من موانع طلب الفسخ واعمال آثاره المترتبة في ارجاع المتعاقدين ، لأن هذه الاستحالة لاتقتصر على العقود المستمرة وإنما يمكن ان تتحقق في جميع العقود ، ذلك لأن العقد سواء كان فورياً أم مستمراً يعد كائناً قانونياً ينتج آثاراً قانونية يستلزم تنفيذها اتخاذ أوضاع مادية معينة لم تكن موجودة ويستحيل الرجوع فيها ، فاذا كان عقد الإيجار يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ فان عقد البيع يرتب إلتزماً على البائع بنقل المبيع للمشتري وكلا الالتزامين يتطلب القيام بهما اعمالاً مادية تتمثل بقيام البائع بفرز المبيع ان كان مثلياً ، وقيام المؤجر بتهيئة المكان للمستأجر خالياً لكي يتمكن الأخير من الانتفاع به ، ولكي يتحقق ذلك لابد من قيام المستأجر بشغل المأجور كما ان المشتري يقوم بحيازة المبيع ، وعند الفسخ فان المشتري اذا كان يلتزم برد المبيع الى البائع فليس معنى ذلك ان الاوضاع قد عادت الى الحالة التي كانت قبل التعاقد ، لأن واقعة الحيازة وهي واقعة مادية لا يمكن الرجوع فيها وهي تماثل شغل المستأجر التي يستحيل عليه ايضاً ان يرد الى المؤجر منفعة المأجور وان كان بمقدوره ان يرد المأجور الى المؤجر (٢٠٢) .

وإذا سلمنا بان الأستحالة لا تمنع من ترتيب احكام الأثر الرجعي لفسخ العقد وان تم ذلك عن طريق التعويض فلا يهم ما إذا كانت إستحالة الرد من جانب الدائن او المدين فلا مجال للتمييز في الحكم طالما لم تكن بسبب اجنبي(٢٠٣) .

وفي الحالات التي يترتب للغير حقوق نافذة في مواجهة من قضى له بالفسخ ، فان ألتزام المدين بالرد لا ينفذ الا بطريق التعويض للدائن بقدر ما نقص من قيمة الشئ أو منفعته بسبب ثبوت ونفاذ حقوق الغير التي أكتسبها من جانب المدين . وإذا كان الشئ المطلوب رده قد هلك بخطأ الغير فان المدين لا يلزم بدفع تعويض للدائن وإنما يثبت حق التعويض مباشرة للدائن قبل الغير دون مساس بحقوق المدين قبل الدائن ، وإذا استحق بمناسبة الهلاك منفعة فان يكون من حق الدائن اذا كان هو المؤمن له ، وهذا يحدث ، مثلاً ، إذا أبرم شخص تأميناً على شئ يملكه ثم باعه الى شخص آخر فان عقد التأمين ينتقل الى ذلك المشتري ، فاذا فسخ عقد البيع فان ذلك لا يؤثر على العقد أو أستحقاق مبلغ التأمين ، اما اذا كان المشتري هو المؤمن له فان مبلغ التأمين بعد فسخ العقد يؤول اليه وهو صاحب المصلحة التأمينية ، إذ انه ملزم بتعويض الدائن ويستخدم مبلغ التأمين لهذا الغرض (٢٠٤) ، واذا كان الهلاك قد حصل بخطأ المدين مما يحول دون رده الى الدائن ، فان المدين يلتزم بتعويض دائنه بدلاً عن المعقود عليه ويحق للدائن ان يعدل عن طلبه في الفسخ الى التنفيذ العيني للالتزام من خلال التزام المدين بدفع الثمن او الباقي منه اعمالاً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية لتمسكه في هذا الطلب بالعقد (٢٠٥) .

ويستبعد الفقهاء تأسيس الحكم بالتعويض عند أستحالة الرد على اساس المسؤولية التقصيرية لأن اساسه ليس خطأ المدين فهو بمثابة التزام بالرد ينفذ بطريق التعويض ولذلك فانهم يفضلون استعمال اصطلاح التنفيذ بطريق المعادل النقدي ؛ لأن الالتزام بالرد لايقع على المدين وحده كما راينا بل ايضاً على الدائن ، وبالتالي ، لايستلزم ان يكون عدم التنفيذ راجعاً الى تقصير المدين (٢٠٦) .

ولكن متى ما طلب الدائن تنفيذ العقد لا فسخه جاز الحكم له بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية لأن العقد في هذه الحالة بقي قائماً ولم يفسخ فيحق للدائن ان يحصل على تعويض مع بقاء العقد على اساس المسؤولية العقدية (٢٠٧) .

ان ما تقدم ذكره من تأصيل فقهي للتعويض عن استحالة تنفيذ الالتزام بالرد تنفيذاً عينياً لم يكن بعيداً عن توقعات المشرعين في التقنينات المدنية ، فقد ادرك هؤلاء حصول هذه الاستحالة ، ولهذا وضعوا لها الحلول من خلال النصوص القانونية التي عالجت آثارالفسخ موضحة في نهايتها حكم استحالة إعادة المتعاقدين الى الحالة

*****************************************************************************************

التي كانا عليها قبل العقد وأجازت في مثل هذه الحالة الحكم بالتعويض وبتعابير مختلفة وان ادت الى المعنى نفسه .

فقد نصت المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري بأنه (اذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ) وهو نفس ما جاء في المادة (٢٤٨) من القانون المدني الأردني . وجاء في المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي قولها (فاذا استحال رده يحكم بالضمان ) وجاء في المادة (٢١١) من القانون المدني الكويتي بأنه اذا استحال على احد المتعاقدين ان يعيد المتعاقد الآخر الى الحالة التي كان عليها عند العقد جاز الحكم عليه باداء معادل .

ووفقاً للنصوص المتقدم ذكرها لايمكن القول بان أستحالة إعادة الوضع الى ما كان عليه قبل التعاقد معناه انه ليس للفسخ أثر رجعي في الحالة ، بل يجب القول ان الأثر الرجعي موجود ويبسط احكامه وكل ما هنالك انه استحال تنفيذه تنفيذاً عينياً ، ولا يغير من الامر شيئاً عند اللجوء الى التنفيذ بطريق التعويض وهو اعمال للاثر الرجعي للفسخ ايضاً ؛ ذلك لأن الاثر الرجعي إنما يتعلق بنظام الفسخ ذاته ، وان استحالة تنفيذه عيناً إنما يرجع الى طبيعة الالتزام الذي يراد الرجوع فيه ، وبالتالي لا يقبل ان نجرد هذا النظام من احد خصائصه الأساسية مجرد صعوبة تطبيقه في حالات معينة(٢٠٨) .

والمقرر قضاءً ان كل طرف من اطراف العقد المفسوخ يلتزم برد عين ما اعطى له وليس ما يقابله ان لم يكن ذلك مستحيلاً (٢٠٩) .

ولهذا فلا مجال للحكم بالتعويض اذا كان الحال يمكن إعادته الى ما كان عليه قبل التعاقد كما في حالة بيع شقة حيث تعاد ملكية الشقة للبائع ويعاد ما دفعه المشتري من ثمن لأن الحكم بالتعويض يكون بديلاً عن إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد اذا أستحالت هذه الإعادة(٢١٠) .

ولكن بالمقابل يحق للمدعي المطالبة بقيمة كل ما استهلك ما دام انه قد استحال إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد كأثر من آثار الفسخ (٢١١) .

فاذا كان من المستحيل على الاطراف بسبب طبيعة الألتزامات الرد المتبادل لما حصلوا عليه من اداءات فانه يمكن مراعاة قيمة الأداءات المقدمة من كل منهم والفوائد التي حصل عليها (٢١٢).

ويذكر Dupichot بصدد تعليقه على احد احكام الغرفة التجارية الفرنسية الصادرة في ١٢أكوبر ١٩٨٢ بأنه اذا كان صحيحاً ان الرد العيني يواجه صعوبات واقعية الا انه يمكن لقاضي الموضوع ان يعالجها عن طريق التعويض وليس بتطبيق العقد المفسوخ(٢١٣) .

ويجب على المحكمة ان تبين ما اذا كانت إعادة الحال ممكناً ام لا ، فاذا كان الثابت ان الطاعن تمسك امام محكمة الموضوع بعدم امكان إعادة الحال الى ما كان عليه وتسليمه الارض خالية كأثرمن آثار الفسخ ، وذلك تأسيساً على ان البناء أقيم على هذه الأرض وأرض آخرى ، وانه لايتصور تسليم أي جزء من الأرض خالية الا اذا هدم العقار بأكمله وفي ذلك ضياع للمال وأهداره ، فاذا لم يعن الحكم بإيراد هذا الدفاع وبحثه والرد عليه رغم جوهريته إذ من شأنه لو تحقق ان يغير وجه الرأي في شأن قضائه بالأزالة والتسليم ، فان الحكم يكون معيباً بالقصور(٢١٤) . فاذا ثبت لها ان أسترداد احد العوضين قد تعذر فان يجب الحكم بالتعويض تطبيقاً لما يقتضيه طلب الفسخ من إعادة الطرفين الى حالتهما السابقة للعقد وأسترجاع كل منهما ما دفعه(٢١٥) .

## الفرع الثاني: التعويض عن الاضرار المترتبة على فسخ العقد

اذا كان نظام الفسخ يتيح للدائن ان يسترد ما دفعه بموجب العقد المفسوخ الا ان ذلك قد لا يحقق كامل غاياته وخاصة عندما يلحقه ضرر من جراء الخطأ الذي تسبب المدين فيه ، وهذا يعني ان المحكمة التي أستجابت لطلب فسخ العقد من الدائن ان تحكم له فوق ذلك بالتعويض على المدين اذا كان عدم قيامه بتنفيذ التزاماته يعود الى خطئه سواء كان الخطا عمدياً او مجرد اهمال منه .

فاذا كان الفسخ يعد جزاءً الا انه لا ينتهي امر تطبيقه عند إعادة الطرفين المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فحسب ، لأن الأقتصار على هذا الاثر يعني ان هذا الجزاء لا يعدو ان يكون سوى مكافئة للمتعاقد الذي

يمتنع عن تنفيذ التزاماته المفروضة عليه بمقتضى العقد ، لأنه في كل مرة يرغب فيها في الرجوع عن العقد يلجأ الى الأمتناع عن التنفيذ دون ان يخسر شيئاً في النهاية ، ولذلك كان لابد من ان تحكم المحكمة بعد إعادة المتعاقدين الى الحالة السابقة على التعاقد بالتعويض للدائن عن الضرر الذي لحقه عن فسخ العقد وهذا التعويض هو الذي يجعل للفسخ معنى الجزاء(٢١٦) .

ان الحكم بالفسخ قد لايكون كافياً في حد ذاته خصوصاً في الحالات التي ينجم فيها إلحاق الضرر بالدائن به كتفويت فرصة للربح أو تحمل بعض الخسائر او تكبد نفقات ومصروفات بسبب إنحلال العقد ، فقد يترتب على فسخ العقد كما لو كان عقداً محدد المدة قبل أكتمال مدته ان يصاب الدائن بضرر يتمثل بحرمانه من المقابل الذي كان يتقاضاه لو اكتملت مدة العقد ، وبذلك يتوافر المقتضى للقضاء بالتعويض بسبب ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة بسبب عدم أكتمال المدة(٢١٧) .

وحق الدائن في طلب التعويض عن الضرر بسبب فسخ العقد من شأنه ان يجعل طريق الفسخ أكثر آمناً من طلب التنفيذ العيني ، فمن خلاله يتمكن ان يطالب فضلاً عن الأسترداد لما دفعه الحكم له بتعويض الأضرار التي اصابته ، أما في التنفيذ العيني فأنه من المحتمل ان يتعرض لخطر أعسار المدين(٢١٨) .

ويترتب على ما تقدم ان المحكمة لا تقضي بالتعويض من تلقاء نفسها وإنما يجب ان يطلبه الدائن في دعوى الفسخ لعدم تعلقه بالنظام العام لكي تحكم به المحكمة وأنما يجب ان يكون التعويض ضمن بنود صحيفة دعوى الفسخ ، فالمطالبة بالفسخ لوحده لا تنطوي بطريقة ضمنية على المطالبة بالتعويض ، فالمحكمة لاتنظر في التعويض الا اذا كانت مثارة ممن له مصلحة في الحصول عليه (٢١٩) .

ويؤسس الحكم بالتعويض هنا على اساس من المسؤولية التقصيرية ؛ ذلك لأن العقد بعد ان فسخ لا يصلح ان يكون اساساً للتعويض ، وإنما اساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعد العقد هنا واقعة مادية وليس عملاً قانونياً ؛ ذلك ان الحكم بفسخ العقد يترتب عليه إنتهاء العقد كلياً وانقضاء حقوق والتزامات المتعاقدين الناشئة منه ، بحيث لايكون العقد بعد فسخه صالحاً لترتيب أي أثر في ذلك الحق في التعويض(٢٢٠) .

ولما كان التعويض هنا يقوم على اساس من قواعد المسؤولية التقصيرية فانه لايكفي ان يكون هنالك مجرد عدم تنفيذ للالتزامات العقدية ، وانما يجب ان يكون عدم التنفيذ هذا راجعاً الى خطأ من جانب المدين أي يجب ان يكون عدم التنفيذ راجعاً الى انحراف المدين عن سلوك الشخص المعتاد ، والذي يتمثل في هذا الفرض بالمدين العادي الملتزم في مثل هذا العقد ، وفي حالة كون عدم التنفيذ لا ينسب الى تقصير من المدين ، فلا يحكم الا بالفسخ ويكفي الفسخ هنا تعويضاً ، او بعبارة ادق ان الفسخ نوع من التعويض . وفي بعض الاحيان قد ترفض المحكمة دعوى الفسخ كذلك فاذا طلب الدائن فسخ العقد مع التعويض وحيث ان من شروط الفسخ ان يكون المدين قد اخل بالتزامه ولعدم وجود هذا الاخلال فتكون دعوى الفسخ والتعويض لا تستندان الى سبب قانوني صحيح (٢٢١) .

ويرتبط بما تقدم من تأسيس التعويض على قواعد المسؤولية التقصيرية انه يجب على الدائن ان يثبت الضرر الذي لحقه والمتمثلة بالخسارة التي لحقت به من جراء الفسخ والكسب الذي كان يأمله على وجه مؤكد اذا كان العقد قد نفذ(٢٢٢) .

بينما يرى جانب من الفقهاء انه لاحاجة للدائن الى اثبات ذلك ؛ لأن مجرد الحكم بفسخ العقد يثبت ركن الخطا في جانب المدين ، كما ان الضرر الذي لحق الدائن هو الآخرمفترض من جراء الفسخ ، فلا يكلف الدائن باثبات ذلك ، وانما يكون للمدين ان ينفي حدوثه لأن افتراض حدوث الضرر هو ما يتفق والغالب من الاحوال ، فعلى من يدعي عكس ذلك فعليه يقع عبء الاثبات (٢٢٣) .

ويضيف جانب من الفقه الى ذلك انه اذا فسخ العقد المحدد المدة قبل اكتمال مدته بسبب المدين كعقد الايجار فان الضرر الذي يصيب المؤجر بعدم انتفاعه بالمأجور عن المدة الباقية بعد تسلمه اياه يكون مفترضاً الى ان يقيم المستأجر الدليل على عكس ذلك (٢٢٤) .

وادركت النصوص المدنية بان إعادة المتعاقدين الى حالتهما السابقة على التعاقد قد لايكفي وإنما يجب فضلاً عن ذلك تحكم بالتعويض عما يلحق الدائن من ضرر بسبب فسخ العقد الناشئ من خطأ المدين . وعبرت عن ذلك

المعنى المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري بقولها( وفي العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد اوبفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ). وورد في المادة (١/١٧٧) من القانون المدني العراقي الحكم ذاته حين نصت (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى .........) .والتعويض المذكور في هاتين المادتين يجب عدم الخلط بينه وبين التعويض المنصوص عليه في المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي ، فالتعويض المذكور في المادتين الأخيرتين يتعلق بحالة استحالة الرد العيني فيصار الى الحكم بالتعويض او الى الضمان حسب تعبير المشرع العراقي . ويمكن ان يكون اساس هذا التعويض هو الدفع غير المستحق كما رأينا ، بينما التعويض عن فسخ العقد هو بمثابة جزاء يفرض على المدين بسبب خطئه الذي تسبب عنه فسخ العقد ومن ثم فان التعويض يستند هنا الى قواعد المسؤولية التقصيرية بحسب رأي الفقه بعد ان زال وجود العقد وتحول من عمل قانوني الى مجرد واقعة مادية . وان كنا نميل الى جعل اساس الضمان في كلتا الحالتين هو نص القانون الذي اجاز الحكم به سواء عند استحالة الرد العيني أو عن الضرر الذي لحق بالدائن بسبب فسخ العقد .

والدعوة الى عدم الخلط بين التعويضين لايمنع القاضي من اجراء المقاصة بينهما ، فيمكن ان تجري هذه المقاصة بين التعويض المستحق للدائن بسبب فسخ العقد مع التعويض الذي يستحقه المدين عند استحالة الرد اليه ما دفعه ، أي عن الاداءات التي نفذها . ولكن في مثل هذه الحالة يتعين على القاضي ان يشير في حكمه الى هذه المقاصة لكي لا يترك مجالاً للأعتقاد بان الالتزام بالرد كان قاصراً على احد المتعاقدين دون الآخر(٢٢٥) .

وفيما يتعلق بطريقة التعويض وكيفية تقديره وعلى النحو الذي يصحح التوازن الذي اختل بسبب الفسخ فانه يخضع في كل احكامه الى القواعد العامة التي تقضي بان يكون التعويض مساوياً للضرر من حيث قيمته او مقداره، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية في احد احكامها ان التعويض يقدر بقدر الضرر والنوع الذي تراه محكمة الموضوع مناسباً لجبره ؛ طالما لم يرد بالقانون او بالأتفاق نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه(٢٢٦) .

واكد القضاء العراقي في بعض احكامه الى ان التعويض عن الضرر بسبب فسخ العقد يجب ان يحكم به اذا كان سببه اخلال المدين بتنفيذ التزاماته ، لذلك فلا يحق للدائن المطالبة بأي تعويض ان لم يكن المدين قد صدر خطأ منه في احداث هذا الضرر (٢٢٧) .

وان هذا التعويض لا يحكم به الا بعد الحكم بفسخ العقد ، فهذا النوع من التعويض لايجوز طلبه والعقد لا يزال قائماً وانما يجب ان يكون ذلك بعد فسخ العقد اذا اخل احد الطرفين بالتزامه(٢٢٨) .

وعلى ان يكون طلب التعويض وفقاً للطريق الذي رسمه المشرع ، فاذا لم يسلك طالب التعويض ذلك الطريق وجب رد الدعوى(٢٢٩) .

## الخاتمة:-

بعد ان استعرضنا قاعدة رجعية العقد عند فسخه قضاءً من خلال المباحث الثلاثة التي تناولت مفهوم هذه القاعدة وقيودها واحكامها وعلى النحو الذي عكست اهمية هذه القاعدة ، كان لابد عند نهاية المطاف ان نستعرض اهم النتائج والتوصيات لهذا البحث وعلى النحو الآتي:

**اولآ:- النتائج .**

١ - على الرغم من ان مصطلح الأثر الرجعي هو مصطلح حديث ولم ياخذ مكانه في مؤلفات الفقهاء ونصوص القوانين المدنية الأ مؤخراً، ألا ان الفقه الأسلامي المعروف بأصالته والغني بأصطلاحاته عرف هذا المصطلح ولكن بتعابيرمختلفة دقيقة في معناها وتدل على المعنى نفسه الذي اراده فقهاء القانون المدني ، فعرفوا مصطلح الاستناد والتبيين والتقدير والكشف ، للتعبيرعلى رجعية اثار العقد بعد الحكم بفسخه من قبل القاضي، ولهذا فقد

بلغ الفقه الاسلامي بتاصيله للأثر الرجعي ما لم يستطع فقهاء القانون المدني بلوغه و صيغت عباراتهم باسلوب مختصر ولكن كان لها اثر كبيرفي فهم قاعدة رجعية العقد.

٢- رغم ان قاعدة الرجعية لم تكن غريبة عن القانون المدني ، الاَ أن فقهاء القانون أوردوا في مؤلفاتهم تعبيرات مختلفة في الفاظها ولكنها تتحد في معنى المراد من الرجعية ، اذ انهم استعملوا تعبير الأنحلال والأنعدام تارة أو تعبير الزوال ورفع اثر العقد تارة أخرى . ولم يكن اختلاف الفقهاء حول هذه الالفاظ غريباً لأنهم تاثروا بالنصوص القانونية السائدة في بلدهم ، ومع ذلك فان كلمة الفقهاء تتفق حول تعريف الرجعية من حيث أنها تنطوي على عدِّ العقد كان لم يكن وتؤدي الى اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد بسبب الفسخ القضائي .

٣- لم تحظ قاعدة رجعية العقد بتأييد جميع فقهاء القانون المدني على الرغم من أن نصوص القانون كانت واضحة في اغلب الاحيان بخصوص تطبيق احكامها . فبعد ان نالت هذه القاعدة اهتمام جانب من الفقه المدني الى حد انه عدها أحدى الخصائص المهمة للفسخ وانها تمثل غاية ومرام احد المتعاقدين عندما يخل المتعاقد الآخر في تنفيذ التزاماته ، تعرضت هذه القاعدة الى انتقادات وصلت الى حد انكار وجودها تماماً بحجة انها ليست ضرورة قانونية ، اوتقييد نطاقها قدر الامكان بحيث لا تسري على العقود جميعها . فهي تبسط ظلاً كثيفاً على النظم القانونية وتهدر كثير من الحقوق وتهدد استقرار التعامل . كما يمكن الوصول اليها من خلال اعمال نظم قانونية اخرى .

٤- رغم اعتراف الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون المدني برجعية العقود عند فسخها قضاءً لما تتركه من اثارهامة في اطار علاقات المتعاقدين فيما بينهما او بالنسبة للغير، الا أن هناك رايا آخر في الفقه المدني دعا الى استبعاد عقود المدة في نظام الفسخ اصلاً ، او تقييد قاعدة الرجعية فيه بنطاق محدود يرتد الى وقت الحكم بالفسخ . اما التقنينات المدنية فجاء بعضها صريحاً في تقييد الرجعية في هذا النوع من العقود ، في حين وضع القانون المدني العراقي حكماً بفسخ العقد واعادة الطرفيين الى الحالة التي كانا عليها في الوقت الذي عرضت نصوص اخرى لاحكام يستشف منها ان المشرع ماراد اعمال الرجعية في عقود المدة او العقود الزمنية ، وبهذا الأتجاه سار القضاء العراقي في احكامه.

٥- اتفق الفقهاء المسلمون مع فقهاء القانون المدني حول ضرورة الالتزام برد ما قبضه كل متعاقد عيناً الى المتعاقد الآخرعند الحكم بفسخ العقد وارتفاع الملك في المعقود عليه بالنسبة للمتصرف اليه وعد هذا الالتزام نتيجة حتمية عند الفسخ وما يصاحبه من اثر رجعي على ان يشمل هذا الالتزام كل المعقود عليه وتوابعه وثماره . الا ان الفقهاء المسلمون اختلفوا في حكم الزيادة المنفصلة غيرالمتولدة من المعقود عليه كأجرة الدار والزيادة المنفصلة المتولدة منه كنتاج الماشية . فذهب جانب منهم الى انه في عقد البيع يتملك المشتري الزوائد المذكورة استناداً الى قاعدة الخراج بالضمان .

وذهب جانب آخر منهم الى هذه الزوائد يجب ردها الى البائع مع اصل المبيع ، لانها تكون ملكاً للبائع بعد زوال وجود العقد بالفسخ ، فاذا زال هذا العقد فان معنى ذلك ان المبيع لايزال في ملك البائع ، والزوائد هي بمثابة بعض المبيع فتدخل في الرد مع الاصل.

٦- اذا كان اعمال قاعدة رجعية العقد عند الحكم بفسخه يؤدي الى اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانت قبل العقد ورد ما قبضه كل واحد منهم الى الاخر ، واذا كان يتعذر احياناً تنفيذ ذلك بسبب استحالة الرد لهلاك المعقود عليه او تعلق حق الغير به ، ألا أن ذلك لا يعني عدم اعمال رجعية العقد وأن تم ذلك عن طريق التعويض ، فلا يمكن القول ان استحالة أعادة الوضع الى ماكان عليه قبل التعاقد معناه انه ليس للفسخ اثر رجعي ، بل ان الأثر الرجعي موجود ويبسط احكامه ، ولا يغير من الامر شيئاً عند اللجوء الى التنفيذ بطريق التعويض ، لأن الاستحالة انما ترجع الى طبيعية الالتزام الذي يراد الرجوع فيه ، ولا يمكن تجرد نظام الفسخ من احد خصائصه الاساسية لمجرد صعوبة تطبيقه في حالات معينة.

٧- ان الحكم بفسخ العقد قد لا يحقق غاية المتعاقد الذي يطلبه خاصة عندما يصيبه ضرر من جراء خطأ المتعاقد الآخر ، فلا بد من الحكم فضلاً عن ذلك بالتعويض عن هذا الضرر ، وهذا التعويض يجب ان لا يختلط مع

*******************************************************************************

التعويض المحكوم به عند استحالة الرد العيني للمتعاقدين ، فهنالك اختلاف في اساس الحكم بألتعويض في كل منهما ، ولكن عدم الخلط بين التعويضين لا يمنع القاضي من اجراء المقاصة بينهما ، فيمكن أن تجري المقاصة بين التعويض المستحق للدائن بسبب فسخ العقد مع التعويض الذي يستحقه المدين عند استحالة الرد اليه ما دفعه ، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يتعين على القاضي ان يشير في حكمه الى هذه المقاصة لكي لا يترك مجالاً للأعتقاد بأن الالتزام بالرد كان قاصراً على أحد المتعاقدين دون الآخر.

**ثانياً:- المقترحات والتوصيات.**

١- امام عدم شمولية مفهوم رجعية العقد عند فسخه قضاءً عند فقهاء القانون ، لأن هذا المفهوم ركز على اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد دون الأشارة الى الآثار التي يتركها هذا المفهوم بألنسبة للغير ، يمكن ان نعرف الرجعية بانها رفع آثار العقد وجعله كأن لم يكن بحيث يعاد المتعاقدان الى وضعهما السابق على التعاقد ، وزوال حقوق الغير الناشئة منه مالم يتبين من طبيعة العقد او ظروف التعاقد مايدل على خلاف ذلك . ومن خلال هذا التعريف يتبين اثرالرجعية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة لغيرهما ، كما يبين اثر طبيعة العقد او ظروف التعاقد على عدم اعمال احكامها في بعض الاحيان .

٢- اذا كان من الممكن عد نظام الفسخ وما يترتب عليه من اثر رجعي من القواعد المكملة والمفسرة بحيث يكون بوسع المتعاقدين استبعادها بأتفاق صريح أو ضمني ، الا أن ذلك مشروطا بأن يكون هذا الاتفاق اتفاقاً حقيقياً وليس افتراضياً ؛ لان النزول عن الحق لا يفترض ، كما ان هذا الأتفاق اذا كان مؤداه النزول عن رجعية العقد عند الحكم بفسخه قضاءً ، فانه يجب ان لا يلحق الضرر بالغير الذي اكتسب حقوقاً من العقد المفسوخ قبل الحكم بفسخه اذا كان اعمال الرجعية يضر بمصالحه.

٣- ندعو مشرعنا ومن خلال نصوص القانون المدني الى وضع قاعدة عامة للفسخ وآثاره المتمثلة برجعية العقد وايضاح لمعنى هذا المصطلح وما يتركه من آثار بألنسبة للمتعاقدين او بألنسبة للغير، وان يصرح المشرع العراقي باستثناء العقود الزمنية من هذه القاعدة بوصفها قيداً على اعمال هذه القاعدة.

٤- رغم ما قيل في تبرير سريان اثر الفسخ في حق الغير كأصل عام استناداً الى أن سقوط حقوق من تلقى منه حقاً عيينياً على الشيء ، وما قيل ايضاً بعدم سريان اثر فسخ العقد في حق الغير كأستثناء في حالات محددة ، الاً ان قاعدة الرجعية تعجز عن توفير الحماية للغير بسبب فسخ العقد الذي تلقى به الحق العيني على الشيء محل العقد المفسوخ ، فلا يكفي عد التصرف المفسوخ سبباً صحيحاً يسمح للغير التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وانما يجب عد هذا التصرف سنداً كاملاً رغم صدوره من غير المالك ، وبدون ذلك لا يمكن القول بتوفير الحماية الحقيقية للحائز.

٥- امام اختلاف فقهاء القانون المدني بشأن التزام احد المتعاقدين برد ما قبضه عند فسخ العقد بين من دعا الى تطبيق احكام الحيازة ، وبالتالي ، التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيىء النية في تملك الثمار التي انتجها الشيىء بعد فسخ العقد ، وبين من ذهب الى تأسيس هذا الالتزام على قاعدة المدفوع دون وجه حق والتي تسمح لمالك الشيء من استردادها بعد الحكم بالفسخ ، نجد ان الحل السليم في ايجاد أساس قانوني للألتزام بالرد هو تطبيق النص القانوني الذي اوجب رد ما تم تسليمه عند فسخ العقد ، فلا يوجد مايبرر من تطبيق نصوص المدفوع دون وجه حق او نصوص الحيازة مع وجود نص قانوني واضح يلزم برد ماتم تسليمه عند فسخ العقد ، وهو مايعكس في الوقت نفسه رغبة المشرع في تطبيق هذا النص على كل ما يندرج تحت حكمه وألا اصبح وجود النص عبثاً ، كما ان تطبيق هذا النص من شأنه ان يساعد على القضاء على الخلاف الفقهي المتقدم ذكره.

## الهوامش:-

١- بطرس البستاني ، محيط المحيط ، قاموس مطول للغة العربية ، بيروت ، ١٩٨٧، ص٢.

٢- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،دون سنة طبع ، ص٦.

٣- مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص٣٢١ . ابي عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي ، كتاب العين ، الطبعة الاولى ، بيروت ، ٢٠٠١ ،ص٣٢٩.

٤- مختار الصحاح ، المصدر السابق ،ص٢٣٥. محب الدين ابي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٥،ص١٥١.

٥- ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء(٥)، الطبعة الأولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٨ ،ص١٤٨.

٦- محسط المحيط ، المصدر السابق ،ص٢٣١.

٧- الموسوعة الفقهية ،الجزء الرابع ، الطبعة الرابعة ، الكويت ،١٩٩٣،ص١٠٤-١٠٧.

٨- زين العابدين بن ابراهيم بن نجم ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمي،بيروت ،١٩٨٥،ص٢٧٣.

٩- د. مصطفى احمد الزرقاء ،المدخل الفقهي العام ، الجزء الاول ، النظرية الكبرى الاساسية في مباني الاحكام الفقهية تعريفاً وتأريخاً واصولاً ، دمشق ١٩٦٨،ص٥٢٨.

١٠- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، الجزء الرابع ، الايمان والنذور والكفارات ، الطبعة الثامنة ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ،٢٠٠٥،ص٣٢١٦.

١١- د. احمد ابراهيم الغول ، الاثر الرجعي في الفقه الاسلامي والقانون المدني ،دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٨،ص٥٢.

١٢- انظر في ذلك، ابو العباس احمد بن ادريس الصنهاجي الفرافي ،الفروق وانوار البروق في انوار الفروق،الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ،دار الكتب العلمية ،بيروت،١٩٩٨ ، ص٥٠-٥١.

١٣- د.احمد الغول ، المصدر السابق ،ص٦٤.

١٤- لقد شاع مصطلح الكشف مع مصطلح النقل الذي سنشير اليه لاحقاً في كتب الأمامية وأقدم من أشار اليهما السيد فخر المحققين محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي في القرن الثامن الهجري ولم يرد في كتب بقية المذاهب .انظر تفصيل ذلك ،السيد عبد الهادي الحكيم عقد الفضولي في الفقه الاسلامي ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير ،ساعدت جامعة بغداد على طبعها ،مطبعة الآداب،النجف الأشرف،١٩٧٥،ص٢٨٩-٢٩٣. السيد محمد كاظم المصطفوي، فقه المعاملات ،بحوث استدلالية حول المعاملات المالية،الطبعة الأولى ،مؤسسة النشر الأسلامي ،دون ذكرمكان الطبع ، ١٤٢٣هجرية ،ص٣٩.

١٥- علاءالدين بن بكرمسعودالكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء (٥)، طبعة جديدة منقحة مصححة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ،١٩٩٦،ص٣٥٣. ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، طبعة جديدة منقحة ومرتبة ، الطبعة الاولى ، بيروت ،٢٠٠٢،ص٥٦٥.

١٦- ذكره مصطفى الزرقاء ، المصدر السابق ، ص٥٣٠.

١٧- السيد محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، قم ، ١٣٨٦،هـ ش.ص١٥٩-٦١.

١٨- سورة النساء /من الآية ٢٩.

١٩- القواعد الفقهية، المصدر السابق ، الجزء (٥)،ص١٩٥-٢١٦. هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، بيروت ، ١٩٩٦،ص٣٧٤.

٢٠- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة فؤاد الاول ، ١٩٤٥،ص٣٦٠-٣٦٣.

٢١- د. نوري حمد خاطر ، الاثر الرجعي في التصرف القانوني ، دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي والمقارن رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، كلية القانون ،١٩٨٦، ص٨٩.

٢٢- د. محمد المنجي ، دعوى فسخ العقود بسبب اخلال احد المتعاقدين بالتزامه ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨، ص٥٤١.

٢٣- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠،ص٨٠٣. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، ١٩٧٦، ص١٩٦.

٢٤- د. عمر علي الشامي ، فسخ العقد ، عابدين ، ٢٠١٠. انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، المكتبة الجامعية الحديثة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦، ص٢٣٥.

٢٥- انور طلبه ، انحلال العقود ، بلا مكان وسنة طبع ،ص٣٩٩. د. عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، المصدر الارادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الثاني ، آثار العقد ، الطبعة الاولى ، الرباط ، ٢٠٠٧،ص٣١١.

٢٦- د. ياسر احمد كامل الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، ع(٣٤)، س(٧٤)’٢٠٠٤ ،ص٢٣٦.

٢٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء السادس ، اثر العقد بالنسبة الى الموضوع ، زوال العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨، ص٢٠٠. د. مصطفى الجارحي، فسخ العقد ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، س،( ٥٦)، ١٩٨٦،ص١١٩. د. عبد الحكم فودة،انهاء القوة الملزمة للعقد ،دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض،الأسكندرية ،١٩٩٣، ص٥٢١.

٢٨- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر اسابق ، ص٣٤٨.

٢٩- نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص٤٣.

٣٠- د. الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، الجزء (٧) ، حل العقود،١٩٩٣،ص٤٣٠.
٣١- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الجزء (٣)، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٧.
٣٢- د. عد الحق صافي ، المصدر السابق ، ص٣١١.
٣٣- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ، ص٣٤٩.
٣٤- نقض مدني فرنسي في ١٩٨٢/١٠/١٢، اشار اليه د. ياسر احمد كامل الصيرفي ، الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ،س٤١،٢٠٠١، ص٧٤.
٣٥- نقض مدني فرنسي في ١٩٣٦/١٢/٢٣ اشار اليه د. عبد الحكم فوده ،المصدر السابق، ص٥٢٤.
٣٦- نقض مدني مصري جلسة ١٩٨٩/١/١/١٨ وجلسة١٩٩٦/١١/٢٢، مشار اليه في الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١حتى عام ٢٠٠٥،الجزء العاشر ،الأصدار المدني ،٢٠٠٦،ص٦٢٠.
٣٧- نقض مدني مصري جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ ، السيد خلف محمد ، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ،٢٠٠٥، ص١٠٧٥.
٣٨- تمييز لبناني في ١٩٥٧/١/٢٥ وقرار محكمة الدرجة الاولى في بيروت في ١٩٧٤/١٢/٢ د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ،ص٤١٤ ،ص٤١٧.
٣٩- انظر قرارها ٤٧/موسعة اولى /٢٠٠١ في ٢٠٠١/١٠/٢١ (غير منشور) وقرارها ١١٥٩/الهيئة الأستئنافية /منقول/٢٠٠٨في ٢٠٠٩/٢/٢٢ (غير منشور ) .
٤٠- قرارها ١٠٦٣/الهيئة الأستئنافية منقول/٢٠٠٧في ٢٠٠٧/١٢/١٢(غير منشور ) .
٤١- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص١٢٧-١٢٨.
٤٢- زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ،الأشباه والنظائر في مذهب ابي حنيفة النعمان ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٩٨٥، ص٣١٩.
٤٣- د. احمد الغول ، المصدر السابق،ص٨٠-٨١.
٤٤- الشيخ محمد حسين السبحاني ، تحفة الازهار في احكام الخيار مكتبة يعسوب الدين ، قم، بلا سنة طبع،ص٢٧-٢٨.
٤٥- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٤٣،ص٢٢٢-٢٢٣.
٤٦- بدائع الصنائع ،المصدر السابق ج (٥)،ص٣٥٣.
٤٧- تحفة الأزهار، المصدر السابق ،ص٢٢.
٤٨- يحيى بن ابي الخير بن سالم بن اسعد بن عبد الله ابن محمد بن موسى بن عمران العمراني ، البيان في فقه الامام الشافعي ، المجلد الخامس ، كتاب البيوع ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ،٢٠٠٢،ص٤١٥.
٤٩- السيد محمد حسن القديري ، الاجارة ، الطعبة الاولى ، مكتب الاعلام الاسلامي ، قم ، ١٤١٩ق، ١٣٧٥ش،ص٣٠٤.
٥٠- د. مصطفى الزرقاء ، المصدر السابق ، ص٥٣.
٥١- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ، المصدر السابق ، ص٣٦٤.
٥٢- د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ،ص٨.
٥٣- د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص٥٢٧. د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص١١٩.
٥٤- د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٣٨-١٧٣.
٥٥- د. محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ، دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، س٢،ع١، ١٩٦٠ ،ص٢٨٩.
٥٦- د. ياسر الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، المصدر السابق ، ص٢٧٢-٢٧٤.
٥٧- د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٧٣-١٧٦.
٥٨- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٩١. د. عمر علي الشامي ، المصدر السابق ، ص٢٤٥.
٥٩- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ،وزارة العدل المصرية،دون سنة طبع، ص٣٢٩ .
٦٠- Civ.7.fev.1949 اشار اليه د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الجزء الاول ،العقد ، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٧، ص٦٧٩.
٦١- حكمها في ١٣٨/٣/٧، اشار اليه عبد الحكم فوده، المصدر السابق ، ص٥٣٦.
٦٢- نقض مدني جلسة ١٩٧٩/٥/٧، اشار اليه د. محمد المنجي ، المصدر السابق،ص٢٩٤.
٦٣- انظر حكمها جلسة ١٩٩٤/٢/٢٨، السيد خلف محمد ، المصدر السابق ،ص١٠٧٥.
٦٤- انظر حكم المجلس الاعلى المغربي في٣٠ /١٩٨٣/١، اشار اليه د. عبد الحق صافي ، المصدر السابق،ص٣١١.
٦٥- انظر على سبيل المثال قرار محكمة التمييز الاتحادية ٣٩٥/مدنية ثانية /١٩٧٤في ١٩٧٤/٩/١٥، النشرة القضائية .س٥،ع٣،ص٥٩. وكذلك قرارها ٦٢٣/الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠٠٨في٢٠٠٨/٧/٢٤(غير منشور) .
٦٦- الاشباه والنظائر ، المصدر السابق ،ص٣١٩. روضة الطالبين ، المصدر السابق ،ص٥٦٥. السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ، كتاب الاجارة ، الجزء الاول ،مؤسسة دار المعارف الاسلامية ، ٢٠٠٣،ص٢٩٤.
٦٧- د. احمد الغول ، المصدر السابق ،ص٧٧-٧٩. ،
٦٨- الفروق،المصدر السابق الفرق رقم( ٥٦) ،ص٥٠.

٦٩- استعمل فقهاء الأمامية مصطلح النقل في اجازة العقد الموقوف ورادوا بها ان تكون الأجازة بوجودها المتأخر على العقد مؤثرة في تماميته فتكون بمنزلة الشرط او جزء من السبب ولازمها ترتب آثار العقد من حين صدورها لامن صدوره. السيد عبد الهادي الحكيم ،المصدر السابق،ص٢٨٩.د. احمد الغول ، المصدر السابق ،ص١٥٣-١٥٤.

٧٠- وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ،ص٣٢.

٧١- ابو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، شرح المهذب ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، بيروت، ١٩٩٦،ص٢٩٦-٢٩٧.

٧٢- السيد محمد تقي المدرسي /، تعليقات على العروة الوثقى ومهذب الاحكام ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار القارئ، ٢٠٠٦،ص٢٦٠. السيد الشهيد الثاني زين الدين الجبعي العاملي،الروضة البَهية في شرح اللمعة الدمشقية ،الطبعة الثانية ، دار أحياء التراث العربي ،بيروت،بدون سنة طبع ،ص٣٤٥.

٧٣- د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص٩٦.

٧٤- د.مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص٤٦. د. عمر علي الشامي ، المصدر السابق ، ص٣٧٨.

٧٥- د. محمد شتا ابو السعد ،الأثر الرجعي للشرط وأهم المشكلات العملية التي تفسر خطأً من خلال رجعية الشرط ،بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة،مجلة دورية تصدرها كل ثلاثة اشهر هيئة قضايا الدولة لنشر البحوث القانونية والأحكام والوثائق ، س(٤٤) العدد رقم (١٧٣) ،ص١٠٣-١٠٤.

٧٦- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ،ص١٢٠-٢٤.

٧٧- انظر حكمها في ١٩٦٣/٥/١و١٩٣٨/٣/٢، اشار اليهما د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي للفسخ ، المصدر السابق ، ص٨٦ وص١٩٤ .

٧٨- انظر حكمها جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ . http. /helmy lawyer. Mak toobblog. com

٧٩- د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي للفسخ، المصدر السابق ، ص١٥٥-١٥٦.

٨٠- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٨٥.

٨١- روضة الطالبين، المصدر السابق ، الجزء الثاني ، ص٧٢. د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٣٧٥-٣٧٦.

٨٢- مجموعة الاعمال التحضيرية ،المصدر السابق،٢٩٦/٢.

٨٣- د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق،فقرة،٣٤.

٨٤- انور طلبه ، المطول في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص١٣٩. د. محمد شتا ابو السعد، المصدر السابق ، ص٢٣٩.

٨٥- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص٤٧ د. ياسر الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني، المصدر السابق ، ص٢٥٨، د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ،ص٦٧.

٨٦- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص٤٧-٤٨.وذهبت بعض احكام محكمة النقض المصرية الى هذا الأتجاه اذ جاء في احد احكامها (شرط الفاسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً ،فألشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً،اذ هو خاضع لتقدير القاضي ،واما الشرط الفاسخ الصريح فهو موجب للفسخ حتماً).انظر حكمها في ١٩٤٦/٥/٢ .الموسوعة الماسية ،المصدر السابق،ص٥٨٤.

٨٧- حكمها في ١٩٢٥/٢/١٠ اشار اليه د. محمد شتا ابو السعد ، المصدر السابق ، ص٧٧.

٨٨- راجع في تفصيل ذلك .د. ياسر الصيرفي ، الاثرالرجعي للفسخ ، المصدر السابق ، ص٢٠٦.

٨٩- نقض مدني مصري جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦وجلسة ١٩٦٩/٢/١٢وجلسة١٩٧٥/٥/٢٥، مشار اليه في الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، ص٥٨٧-٥٩٦.

٩٠- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ،ص٣٥٤.

٩١- د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٤٨-١٤٩. د. احمد الغول،المصدر السابق ،ص٤٧١

٩٢- راجع تفصيل هذه الاحكام د. ياسر الصيرفي ، الأثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٩٣-٢٠١. د. عبد الحق صافي ، المصدر السابق ، ص٣١٥. وايضاً تمييز لبناني في ١٩٥٧/٦/٢٥. موريس نخلة ، المصدر السابق ، ص٤١٧.

٩٣- السيد محمد جمال الدين مكي العاملي وزين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الطبعة الثانية ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، دون سنة طبع ، ص٢٧٨.

٩٤- Boyer, Recherches hisboriques de droit civil francais,1870,p34 اشار اليه د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٥٨.

٩٥- علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، الجزء السابع ، الطبعة الثانية ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام ، بيروت ،٢٠٠٨، ص١٤٠.

٩٦- د. ياسر الصيرفي ، الاثرالرجعي ، المصدر السابق ، ص١٦٠-١٦٢.

٩٧- د.عمر علي الشامي ، المصدر السابق ،ص٣٠٨.

٩٨- د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص٢٨٧.

٩٩- د. ياسر الصيرفي ، الغاء التصرف ، المصدر السابق ، ص٢١٦-٢١٧.

١٠٠- د.عمر الشامسي ،المصدر السابق ،ص ٣٠٨.

١٠١- انظر في شرط المنع من التصرف وجزاء مخالفته،د.عبد المنعم فرج الصده ،الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،دار النهضة ،بيروت،١٩٨٢،ص١٣٣-١٥٤.

١٠٢- د. احمد شوقي عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦، ص٢٩-٣٠. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص٣٤،د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص١٤٥.

١٠٣- ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الاول والثاني ، المجلد الاول ، دار القارئ، بيروت ،٢٠٠٤،ص٤٠٩. ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، الجزء التاسع ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٣، ص٢١٦.

١٠٤- السيد محمد تقي المدرسي ، المصدر السابق ،ص٢٦٠.

١٠٥- شرح المهذب ، المصدر السابق ، ص٢٩٧.

١٠٦- السيد محمد الهاشمي الشاهرودي ، المصدر السابق ، ص٢٩٣-٢٩٦. وانظر عكس هذا الرأي الذي يرى صاحبه انه ليس هناك الا عقداً واحد ، فاما ان يبقى واما ان يفسخ وحيث فسخ فانه ينهدم بتمامه . السيد محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه ، موسوعة استدلالية في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ،الجزء(٥٧)، دار العلوم ، بيروت ،١٩٨٨،ص٢٤٥.

١٠٧- د. السنهوري ، مصادر الحق ،المصدر السابق ، ص٢٠١. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، ص٣٥.

١٠٨- د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ ، رسالة دكتوراه، جامعة ابرهيم باشا الكبير ، ١٩٥٠، ص١٩٨-٢٢٣. د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ،ص٣.

١٠٩- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ، ص٣٥٢. د. محمد شتا ابو السعد ، المصدر السابق ،ص٣.

١١٠- د. عبد الحكم فودة ، المصدر السابق ، ص٥٢٤

١١١- د. عمر الشامي ، المصدر السابق ،ص٢٣٠، د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ،ص٢٣.

١١٢- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٤٧١. د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص٨.

١١٣- حكمها في ١٩٧٥/١/٢٨، اشار اليه د. الصيرفي ، اثر الفسخ ، المصدر السابق ، ص١٩٤-١٩٥.

١١٤- حكمها في ١٩٥٧/٦/٢٥ ،اشار اليه موريس نخلة ، المصدر السابق ، ص٤١٧.

١١٥- د. عبد الحكم فوده، المصدر السابق ، ص٥٤٤ . د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ، ص٣٥٢

١١٦- د. مصطفى الزرقاء ، المصدر السابق ، ص٥٣١.

١١٧- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص٢.

١١٨- د. ياسر الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، المصدر السابق ، ص٢٦٧-٢٧٢. ويضيف الاستاذ الدكتور مصطفى الزلمي( ان الفسخ فعل والانهاء انفعال وهما مقولتان مختلفتان ) انظر مؤلفه نظرية الالتزام برد غير المستحق ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، بغداد ، دون سنة طبع، ص١٤٣-١٤٤.

١١٩- مجموعة الاعمال التحضيرية ، ٢٧٨/٤-٣٨٦.

١٢٠- د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٤٣٨.

١٢١- انظر تفصيل ذلك . د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص٥٢٦. د. عبد الحق صافي ، المصدر السابق،ص٣١٥.

١٢٢- انظر تفصيل ذلك د. الصيرفي ، اثر الفسخ ، المصدر السابق ، ص١٩٩.

١٢٣- انظر تفصيل ذلك د. عبد الحق صافي ، المصدر السابق ، ص٣١٦.

١٢٤- حكمها جلسة ١٩٧٩/٢٧ ، اشار اليه د. محمد المنجي ، المصدر السابق ، ص٢٩٤.

١٢٥- حكمها في عقد الايجار في ٢٠٠٠/٣/٢٩ وحكمها ٢٠٠٣/٣/٢٦. http:// helmy lawyers.naktoobblog.com. وحكمها في عقد الشركة ، جلسة ، ١٩٦٩/٦/١٢.اشار اليه د. الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٨٠. وحكمها في عقد التأمين ، جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨.اشار اليه د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص٥٤٩.

١٢٦- قرارها رقم ٤٠/ هيئة عامة اولى /٧٦في ١٩٧٦/٤/١٠. مجموعة الاحكام العدلية س٧،ع٢، ص٥. اشار اليه د.نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص٢٣٦.

١٢٧- قرارها ١٣٧٩/ الهيئة الاستئنافية /عقار / ٢٠٠٨في ٢٠٠٨/٦/٢٩.(غير منشور ) .

١٢٨- نصت المادة (١٤٢) من القاون المدني العراقي (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين ....) وانظر ايضاً د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص١٦٨. د. احمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والارادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص١٩٢.

١٢٩- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ، ص٣٥٠.

١٣٠- انظر في ذلك ، د. انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص٢٤٣. د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٢ ،ص٢٨٩. ويقول الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون ( لاتنطبق فكرة الاثر الرجعي الاً على الحقوق العينية التي يكتسبها الغيرمن احد المتعاقدين قبل القضاء بفسخ العقد) انظر مؤلفه ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ، ص٣٥٧.

١٣١- د. ندى عبد الكاظم حسين ، آثار بطلان العقد ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧،ص١٤٩.

١٣٢- انظر ماذكره صاحب البدائع ،المصدر السابق ،الجزء (٥)،في كتاب الوكالة ،ص٢٠وص٣٣ وص٤٤.وكذلك انظر ماذكره الدسوقي في باب البيع (وبيعه اي الدين ولو حالاً بدين لغير من هو عليه) .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،الجزء الثالث،دار الفكر ،بيروت،٢٠٠٢،ص٩٥.وأشار جانب من الفقه الأسلامي الى تعبير الأجنبي للدلالة على الغير عن العقد، اذ ورد ( ٠٠٠اذا وكل على شراء طعام فأشتراه وصار بيده او على بيعه فقبضه من الموكل ليبيعه فباعه لأجنبي ٠٠٠٠) المصدر نفسه،ص٢٣٥.

١٣٣- د. مصطفى احمد الزرقاء ، المصدر السابق ، ص٤٢٩. د. حسن محمد بودي ، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعية الجديدة للنشر ، بيروت،٢٠٠٤،ص١٤.

١٣٤- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ، ص٣٦١.

١٣٥- ابراهيم بن محمد الحلبي ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر في فروع الحنفية ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ،٢٠٠١ .

١٣٦- راجع تفصيل ذلك د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٢٦٠-٢٦٨.

١٣٧- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ ، المصدر السابق ،ص٣٥٧-٣٥٨.

١٣٨- انظر في ذلك د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص٩٦.

١٣٩- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٢٩٣. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص١٩٧. د. ندى عبد الكاظم ، المصدر السابق ،ص١٤٩.

١٤٠- انظر حكمها في ١٩٢٩/٣/١٨، اشار اليه د. عبد الحكم فودة ، المصدر السابق ، ص٥٣٤، هامش (١).

١٤١- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٢١ د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق،ص٢٠٦،ص٢٤٨. د. عمر الشامسي ، المصدر السابق ، ص٣٧٩.

١٤٢- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٢٩٦.

١٤٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، المصدر السابق ، جزء (٣) ، ص١٧.

١٤٤- د. احمد شوقي عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص٢٦٣. د. عبد الحكم فودة ، المصدر السابق ، ص٥٤٠.

١٤٥- د.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ،الجزءالاول،مصادرالالتزام،بغداد، ١٩٨٦،ص١٨٥.وراجع نص( م١١٦٣ ) من القانون المدني العراقي و(م٩٧٦) من القانون المدني المصري

١٤٦- (م١٥-١٧ ) من قانون الشهر العقاري ، اشار اليه د. الصيرفي الغاء التصرف القانوني ، المصدر السابق ، ص٢٦٦.

١٤٧- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٢٠.

١٤٨- د. ندى عبد الكاظم ، المصدر السابق ، ص٩٠-٩١. د. مصطفى الجارحي ، المصدر ، ص١٢٧.

١٤٩- جاء في كتاب الاجارة للسيد الشاهرودي (فاذا فسخ العقد عاد كل من الطرفين الى محل الآخر .....) المصدر السابق ، ص٢٩٤. وايضاً انظر في المعنى نفسه ، السيد محمد حسن البجنوردي، المصدر السابق ،ص٢١٦.

١٥٠- المجموع ، شرح المهذب ، المصدر السابق ، الجزء (١٣)،ص٧٢.

١٥١- منصور بن يونس بن ادريس البهوقي، كشاف القناع،الجزء الثالث،الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩، ص٢٤٨.

١٥٢- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٨٢.

١٥٣- الكاساني ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ،ص٤٨٧. تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي ، الاشباه والنظائر ، المجلد الاول ، بيروت ،٢٠٠١، ص٣٧٥. روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص٥٦٥.

١٥٤- يحيى بن ابي الخير العمراني ، البيان في فقه الامام الشافعي ، المصدر السابق ، ص٣٢٠. السيد محمود جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، الجزء (١٤) ، الطبعة الثانية ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ١٤٣٠هـ.ق، ص٣٠٦. روضة الطالبين ، المصدر السابق ص٤٦٥-٤٦٦. شرائع الاسلام ، المصدر السابق ، ص٢٩٥

١٥٥- البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٥)، ص ٤٨٧. وفي عقد المزارعة اذاانفسخت بعد الزرع ،فأن كان البذر للمالك كان الزرع له،وان كان البذرللزارع فالزرع له استناداًلقاعدة تبعية النماء للأصل.فقه المعاملات،المصدر السابق،ص٣٤٠.

١٥٦- ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، سنن الترمذي ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٠، ص١٢٩٠.

١٥٧- علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الاول ، بيروت ، ١٩٩١، ص٨٨.

١٥٨- د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص١٩٤-١٩٥.

١٥٩- السيد ناصر مكارم الشيرازي ، القواعد الفقهية ، المجلد الثاني ، قم ، ١٣٨٠هـ، ص٣١١. ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء (٢٢)، دار الجبل ، بيروت ، ٢٠٠٤،ص٤٠٦. البيان في فقه الامام الشافعي ، المصدرالسابق ، ص٣٥٠.

١٦٠- د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٣٥٩.

١٦١- البحر الزخار ،٣٦٥/٣نقلاً عن المصدر نفسه ،ص٣٦٩.

١٦٢- المصدر نفسه ،ص٤٠٦.

١٦٣- مجمع الانهر ، المصدر السابق ، ص٦٩.

١٦٤- د. الصيرفي ، الغاء التصرف ، المصدر السابق ، ص١٧٤-١٧٥.

١٦٥- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق ، ص١٩٦-١٩٧. السيد خلف محمد ،المصدر السابق ، ص١٠٦٥.

١٦٦- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ،ص١٢٧، د. عمر الشامسي ، المصدر السابق،ص٢٣٤.

١٦٧- د. احمد الغول ، المصدر السابق ،ص٣٩٩.د. عبد الحكم فوده ،المصدر السابق، ص٥٢٩-٥٣٠.

١٦٨- نقض مدني مصري ،جلسة١٩٦٨/٦/٢٧. اشار اليه السيد خلف محمد ، المصدر السابق ،ص١٠٦٦.

١٦٩- نقض مدني ، مصري ، جلسة ١٩٦٨/٩/٢٧.اشار اليه د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق،ص١٢٨.
١٧٠- نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٩٠/٦/٣١، السيد خلف محمد ، المصدر السابق ، ص١٠٧٥.
١٧١- مجموعة الاعمال التحضيرية ، المصدر السابق ، الجزء الثاني ، ص٣٢٩.
١٧٢- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٢٨-١٢٩.
١٧٣- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص١٠٥. السيد خلف محمد ، المصدر السابق ، ص١٠٦٦.
١٧٤- د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٤٣٠ و ما بعدها .
١٧٥- حكم محكمة استئناف باريس في ١٩٩١/١/٢٤، اشار اليه د. الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص٢١٦.
١٧٦- نقض مدنسي فرنسي في ١٩٣٦/١٢/٢٣، اشار اليه د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص٥٢٩،هامش (١) .
١٧٧- نقض مدني جلسة ١٩٩٩/٩/١٩ ، اشار اليه د. محمد المنجي ، المصدر السابق ، ص٥٢٧.
١٧٨- نقض مدني جلسة ١٩٩٢/٥/١٩،اشار اليه السيد خلف محمد ، المصدر السابق ، ص١٠٧٦.
١٧٩- نقض مدني ، جلسة ١٩٨٠/٣/٦، اشار اليه انور طلبه ، المطول ، المصدر السابق ، ص٢٥٠.
١٨٠- نقض مدني ١٩٩٢/٤/١٨،اشار اليه د. محمد المنجي ، المصدر السابق ،ص٥٢٩ .
١٨١- قرار محكمة التمييز الأتحادية ، رقم ٦٨٧/عامة /١٩٧٢ في ١٩٧٢/٨/٢٥، مجموعة الأحكام العدلية ، س١٠،ع٣، ص٤٠ وقرارها ٥٧١٤/ هيئة استئنافية/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٥/٣١(غير منشور ) .
١٨٢- قرار محكمة التمييز الأتحادية ،١٠٦/ موسعة اولى /٢٠٠١ (غير منشور ) .
١٨٣- قرار محكمة التمييز الأتحادية ٤٧/موسعة اولى /٢٠٠١(غير منشور ) .
١٨٤- قرار محكمة التمييز الأتحادية ٣٩٥/مدنية ثانية /١٩٧٤ في ١٩٧٤/٩/١٥، النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق ، س٥، ع٣، ص٥٩. وقرارها ١١٥٩/الهيئة الاستئنافية / منقول /٢٠٠٨في ٢٠٠٩/٢/٢٢.(غير منشور ) .
١٨٥- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ،١٩٨٢، فقرة ،٢٠٤.د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص١٠٤. د. حسن الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص٣٠٧-٣٠٩. د.صلاح الدين الناهي،الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للألتزام ،القاهرة ،١٩٥٩، ص١٥١-١٥٢.
١٨٦- د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق، ص٧٤٣-٧٢٦ .وانظر ايضاً ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية في١٩٨٢/٣/٢٥، الذي جاء فيه (اذا هلكت العين في يد المشتري سيء النية فانه يلزم برد قيمتها وقت الهلاك . السيد خلف محمد ، المصدر السابق ، ص١٠٧٢.
١٨٧- د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع والمقايضة ، الاسكندرية ،٢٠٠٥، ص٣٨٨-٣٨٩ . د. الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٢٧.
١٨٨- نقض مدني جلسة ١٩٥١/١/٤،اشار اليه د. احمد الغول ، المصدر السابق ، ص٤٠٠.
١٨٩- د. الجارحي، المصدر السابق ، ص١١٩. د. الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، المصدر السابق ، ص٢٦٥.
١٩٠- انور طلبه ، المطول ، المصدر السابق ، ص٢٣٩.
١٩١- انظر العديد من الأحكام الفرنسية. اشار اليها د. الصيرفي . الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٥٥ وما بعدها.
١٩٢- قرار رقم ٤٤٨٥/م١٩٩٧/١وقرارها رقم٦٣٠/حقوقية ثالثة /١٩٧٠، اشارت اليهما د. ندى عبد الكاظم ، المصدر السابق ،ص١٠٣.
١٩٣- يذكر د. الجارحي انه (والصحيح هو ان الحيازة لم تكن موجودة قبل الفسخ وتبدأ عرضية بعد الفسخ الى ان تتغير صفة الحيازة بالطرق المقررة ...... ومن ذلك التاريخ فقط تبدأ حيازة قانونية .....) انظر مؤلفه ، المصدر السابق ، ص١٢٥، هامش (٣).
١٩٤- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير،المصدر السابق،ص١٨٤، وهو يشير الى نص المادة (١١٦٥) مدني عراقي.
١٩٥- د. مصطفى الجارحي ، المصدر السابق ،ص١٢٨. د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص٥٣٣. وايضاً المواد (٢/١٤٢مدني مصري) و(٣/١٣٨مدني عراقي ).
١٩٦- نقض مدني جلسة ١٩٨١/١٢/٣١وجلسة ١٩٩٢/٧/١٩، اشار اليهما د. محمد المنجي ، المصدر السابق ،ص٥٢٧.
١٩٧- د. ياسر الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ،ص١٥٦-١٥٧.
١٩٨- د. عبد القادر العرعاوي ، مصادر الالتزام ، الكتاب الاول ، نظرية العقد ، الطبعة الثانية ، الرباط ،٢٠٠٥،ص٣٢٤.
١٩٩- تحفة الأزهارفي احكام الخيار، المصدر السابق ، ص٢٧٧. كتاب الأجارة للشاهرودي ، المصدر السابق ،ص٢٩٤.
٢٠٠- البيان قي فقه الأمام الشافعي ، المصدر السابق ،ص٤١٥.
٢٠١- راجع ما ذكرناه في الفرع الاول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من البحث .
٢٠٢- انظر في تفصبل ذلك ، د. الصيرفي ، الأثر الرجعي ، المصدر السابق ،ص١٥١-١٥٢.
٢٠٣- د.الجارحي ، المصدر السابق ،ص١٢٦.
٢٠٤- المصدر نفسه ،ص١٢٧.
٢٠٥- انور طلبه ، المطول ، المصدر السابق ، ص٢٤١.
٢٠٦- د. الجارحي ، المصدر السابق ،ص١٢٩.
٢٠٧- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص٨٠٦ .
٢٠٨- د. الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ،ص١٧٣-١٧٤.

**********************************************************************************

٢٠٩- نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٩٢/٧/١٩. انور طلبه ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١، الجزء (١٢) ،الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص٣٨٤.

٢١٠- تمييز حقوق اردني ١٩٤/١٧٠٥. اشار اليه د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، عمان ،٢٠٠٩،ص٢٦٦.

٢١١- Civ 7. fev. 1944. اشار اليه د. مصطفى العوجي ،المصدر السابق ،ص٦٧٩.

٢١٢- Cass,soc,9.Mars.1957. Cass,soc,8.avril.1978.
اشار اليهما ، د.الصيرفي ،الأثر الرجعي ،المصدر السابق ،ص١٥٥.

٢١٣- المصدر نفسه ،ص٢١١.

٢١٤- نقض مدني مصري ، جلسة ٢٠٠٠/٧/١، السيد خلف محمد ، المصدر السابق ص١٠٨٧

٢١٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم ٦٨٧/عامة /١٩٧٢في ١٩٧٢/٨/٢٥، مجلة القضاء،س٢٨،ع٤.١٩٧٣،ص١٣١.

٢١٦- د. الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ، ص١٧٤.

٢١٧- انور طلبه ، المطول ،المصدر السابق ، ص١٥٧.

٢١٨- د. عمر الشامسي ، المصدر السابق ،ص٣٩٠.

٢١٩- د. الجارحي ، المصدر السابق ،ص١٢٩. د. العرعاوي ، المصدر السابق ،ص٣٢٦.

٢٢٠- د.السنهوري،الوسيط،المصدر السابق،ص٨٠٥، د.محمد لبيب شنب،المصدر السابق،ص٢٨٦.انور طلبه،المطول،المصدر السابق ، ص١٧٥.

٢٢١- قرار محكمة التمييز الاتحادية ١/٧٤٩ استئنافية منقول /٢٠٠٩في ٢٠٠٩/٧/٢٠(غير منشور )

٢٢٢- د. الجارحي ، المصدر السابق ، ص١٢٢.

٢٢٣- د. الصيرفي ، الاثر الرجعي ، المصدر السابق ،ص١٧٦.

٢٢٤- المصدر نفسه ، ص٢٢٥.

٢٢٥- انور طلبه ، المطول ، المصدر السابق ، ص١٥٧.

٢٢٦- نقض مدني ، جلسة ١٩٦٥/١١/٢.اشار اليه د. المنجي ، المصدر السابق ، ص٢٩٩.

٢٢٧- قرار محكمة التمييز الأتحادية ١٦٨١هيئة استئنافية عقار / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٢ (غير منشور) . وهو الاتجاه نفسه الذي حكمت فيه محكمة استئناف بيروت بقرارها رقم ٢٧٨ت في ١٩٥٥/٢/٢٥.اشار اليه ، د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٤١٧.

٢٢٨- قرار محكمة التمييز الأتحادية ١٤٣مدنية منقول /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٢(غير منشور ) .

٢٢٩- قرار محكمة التمييز الأتحادية ١٢١٥/ استئنافية منقول ٢٠١٠في ٢٠١٠/١٠/١٢ (غير منشور ) .

# المصادر.

القرآن الكريم.

**اولاً:- كتب الفقه الأسلامي.**

١- ابراهيم بن محمد الحلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر في فروع الحنفية، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، دار احياء التراث العربي، بيروت ،٢٠٠١.

٢- ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير ، الجزء التاسع ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٣.

٣- ابوالعباس احمد بن ادريس الصنهاجي القرافي ،الفروق وانوارالبروق في انوارالفروق، الجزء الثاني ،الطبعة الاولى ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،١٩٨٢.

٤- ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الأول والثاني ، المجلد الأول ، دار القارئ ، بيروت ،٢٠٠٤.

٥- . ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء (٢٢) ، دار الجيل ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٦- ابو زكريا محي الدين بن سرف النوري ، شرح المهذب ، الطبعة الاولى ، دار الفكر ، بيروت،١٩٩٦.

٧- ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، طبعة جديدة منقحة ومرتبة ، الطبعة الاولى ، بيروت ، ٢٠٠٢.

٨- ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، سنن الترمذي ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، بيروت،٢٠٠١.

٩- تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي ، الأشباه والنظائر ، المجلد الاول ، بيروت ،٢٠٠١.

١٠- الشهيد الثاني زين الدين الجبعي العاملي ،الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية،الطبعة الثانية،دار احياء التراث العربي،بيروت ،دون سنة طبع .

١١- زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ،الأشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان،دار الكتب العلمية ،بيروت،١٩٨٥.

١٢- د.عبد الرزاق احمد السنهوري،مصادر الحق في الفقه الأسلامي،دراسة مقارنة بالفقه الغربي،الجزء السادس ،اثر العقد بالنسبة الى الموضوع ، زوال العقد،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،١٩٩٨.

١٣- علاء الدين بن بكر مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء (٥) طبعة جديدة منقحة مصححة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ١٩٩٦.

١٤- السيد علي بن الحسين الكركي،جامع المقاصد في شرح القواعد،الجزء السابع،الطبعة الثانية،مؤسسة آل البيت عليهم السلام،بيروت،٢٠٠٨.
١٥ - علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الأول، بيروت ، ١٩٩١.
١٦- السيد محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه ، موسوعة استدلالية في الفقه الاسلامي ، الجزء (٥٧)، الطبعة الثانية ، دار العلوم ، بيروت ، ١٩٨١
١٧- السيد محمد تقي المدرسي ، تعليقات على العروة الوثقى ومهذب الأحكام ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ،دار القارئ،٢٠٠٦.
١٨- السيد محمد جمال الدين مكي العاملي وزين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، دون سنة طبع .
١٩- السيد محمد جواد الحسيني العاملي،مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة،الجزء (١٤) ، الطبعة الثانية ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، ١٤٣٠هـ.ق .
٢٠- السيد محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، (الجزء الثالث والجزء الخامس) الطبعة الثالثة ، قم، ١٣٨٦هـ.ش.
٢١- السيد محمد حسن القديري ، الأجارة ، الطبعة الاولى ، مطبعة مكتب الاعلام الاسلامي ، قم ، ١٤١٩ق،١٣٧٥ش.
٢٢- الشيخ محمد حسين السبحاني ، تحفة الأزهار في أحكام الخيار ، مكتبة يعسوب الدين ، قم ، بلا سنة طبع .
٢٣- السيد محمد كاظم المصطفوي،فقه المعاملات،بحوث استدلالية حول المعاملات المالية،الطبعة الاولى ، مؤسسة النشر الاسلامي ،دون ذكر مكان الطبع،١٤٢٣ هجرية.
٢٤- السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ، كتاب الأجارة ، مؤسسة دار معارف الفقه الاسلامي ، ٢٠٠٣.
٢٥- منصور بن يونس بن ادريس البهوقي ، كشاف القناع ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩.
٢٦- الموسوعة الفقهية ،الجزء الرابع ،الطبعة الرابعة ،الكويت،١٩٩٣.
٢٧- السيد ناصر مكارم الشيرازي ، القواعد الفقهية ، المجلد الثاني ، قم ، ١٣٨٠هـ .
٢٨- السيدهاشم معروف الحسيني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، بيروت ، ١٩٩٦ .
٢٩- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته،الجزء الرابع ، الايمان والنذور والكفارات ، الطبعة الثامنة ، دار الفكر المعاصر،دمشق ، ٢٠٠٥.
٣٠- يحيى بن ابي الخير بن سالم بن اسعد بن عبد الله ابن محمد بن موسى بن عمران العمراني، البيان في فقه الامام الشافعي ، المجلد الخامس ، كتاب البيوع ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ٢٠٠٠.

**ثانياً:- كتب القانون المدني.**

١- د. احمد ابراهيم الغول ، الأثر الرجعي في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة،منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .
٢ - د. احمد شوقي عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والأرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٥.
٣- د. احمد شوقي عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠٦.
٤- انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، المكتبة الجامعية الحديثة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦.
٥- انور طلبه ، انحلال العقود ، بلا مكان وسنة طبع .
٦- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، بغداد ، ١٩٧٦ .
٧- د. حسن محمد بودي ، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعية الجديدة للنشر ، بيروت ، ٢٠٠٤.
٨- د.صلاح الدين الناهي ،الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للألتزام،القاهرة،١٩٥٩.
٩- عبد الحق صافي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، المصدر الارادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الثاني ، آثار العقد ، الطبعة الأولى ، الرباط ،٢٠٠٧.
١٠- د. عبد الحكم فوده ، انهاء القوة الملزمة للعقد ، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض ، الاسكندرية ، ١٩٩٣.
١١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني، الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠.
١٢- د.عبد القادر العرعاوي ، مصادر الالتزام ، الكتاب الاول ، نظرية العقد ، الطبعة الثانية ، الرباط ، ٢٠٠٥.
١٣- د.عبد المنعم فرج الصدة،الحقوق العينية الأصلية،دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ،دار النهضة ،بيروت،١٩٨٢
١٤- . د .عمر علي الشامسي ، فسخ العقد ، عابدين ، ٢٠١٠.
١٥- د . محمد المنجي ، دعوى فسخ العقود بسبب اخلال احد المتعاقدين بالتزامه ، الطبعة الاولى، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٨.
١٦- د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع والمقايضة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
١٧- د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الالتزام برد غير المستحق ، الطبعة الثانية ، بغداد ، دون سنة طبع .
١٨ - د. مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الاول ، النظرية الكبرى الاساسية في مبادئ الاحكام الفقهية تعريفاً وتأريخاً واصولاً ، دمشق ، ١٩٦٨.
١٩- د.مصطفى العوجي ، القانون المدني ، الجزء الاول ، العقد ، الطبعة الرابعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،.٢٠٠٧
٢٠- موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الجزء(٣)،بيروت ، ٢٠٠٧.

**ثالثاً:- البحوث والرسائل والأطاريح.**

١- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الاول ، ١٩٤٥.

٢- د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٢.

٣- د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر والدوري التنفيذ ، اطروحة دكتوراه ، جامعة ابراهيم باشا الكبير ، ١٩٥٠.

٤- السيد عبد الهادي الحكيم ،عقد الفضولي في الفقه الأسلامي،دراسة مقارنة،رسالة ماجستير، ساعدت جامعة بغداد على طبعها ،مطبعة الآداب ،النجف الأشرف،١٩٧٥.

٥- د.محمد شتا ابو السعد ،الأثر الرجعي للشرط وأهم المشكلات العملية التي تفسرخطأً من خلال رجعية الشرط،بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة ،مجلة دورية تصدرها كل ثلاثة اشهر هيئة قضايا الدولة لنشر البحوث القانونية والأحكام والوثائق،س(٤٤)،العدد رقم(١٧٣) ،٢٠٠٠.

٦- د. محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري . بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، س٢،ع١٩٦٠،١.

٧- د. مصطفى الجارحي ، فسخ العقد ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ،تصدر عن اساتذة كلبة الحقوق بجامعة القاهرة ،س٥٦ ، ١٩٨٦

٨- د. ندى عبد الكاظم حسين ، آثار بطلان العقد ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧.

٩- د. نوري حمد خاطر ، الأثر الرجعي في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦.

١٠- د. ياسر احمد كامل الصيرفي ، الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ،س٤١ ، ٢٠٠١ .

١١- د. ياسراحمد كامل الصيرفي ، الغاء التصرف القانوني ، بحث منشور في مجلة القانون والأقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، ع٣٤،س٧٤، ٢٠٠٤ .

**رابعاً:- القوانين .**

١-القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١.
٢-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣-مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ،وزارة العدل المصرية دون ذكر مكان وسنة الطبع.

**خامساً:- المراجع اللغوية.**

١- ابن منظور، لسان العرب ، الجزء(٥)، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت،١٩٨٨.
٢- ابو عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي ، كتاب العين ، الطبعة الاولى ، بيروت ،٢٠٠١.
٣- بطرس البستاني ، محيط المحيط ، قاموس مطول للغة العربية ، بيروت ،١٩٨٧.
٤- مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ،٢٠٠٣.
٥- محب الدين فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، الطبعة الاولى ، الجزء (١١) ، دار الفكر ، بيروت ،٢٠٠٥.
٦- السيد محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة طبع

**سادساً:- المراجع القضائية .**

١- انور طلبه ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١، الجزء(١٢) ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
٢- الياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية والتجارية ، الجزء (٧) ، حل العقود ،١٩٩٣.
٣- السيد خلف محمد ، عقد البيع في ضوء الفقه واحكام النقض ، الطبعة الثالثة ، القاهرة،٢٠٠٥.
٤- المجموعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشلئها عام ١٩٣١حتى عام ٢٠٠٥،الجزء (١٠)، الأصدار المدني،.٢٠٠٦
٥- مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق ،س(٢٨) ،ع (٤) ، ١٩٧٣ .
٦- النشرة القضائية،يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز العراق س(٥)،ع (٣) ،١٩٧٥.
٧- مجموعة الأحكام العدلية ،تصدرعن قسم الاعلام القانوني لوزارة العدل في جمهورية العراق، س(٥) ،ع(٣).
٨- العديد من القرارات القضائية العراقية غير المنشورة.